# الحدائق الناضرة
## في
## أحكام العترة الطاهرة

تأليف

العالم الفقيه المحدث الشيخ يوسف البحراني
المتوفى سنة ١١٨٦ هجرية

المجلد ٢٢

بسم الله الرحمن الرحیم

# الحدائق الناضره فى احكام العتره الطاهره

كاتب:

يوسف بحرانى

نشرت فى الطباعة:

مجهول ( بى جا ، بى نا )

رقمى الناشر:

مركز القائمية باصفهان للتحريات الكمبيوترية

# الفهرس

# الحدائق الناضره فی احکام العتره الطاهره المجلد ۲۲

## اشاره

سرشناسه : بحرانی، یوسف بن احمد، ق ۱۱۸۶ - ۱۱۰۷

عنوان و نام پدیدآور : الحدائق الناضره فی احکام العتره الطاهره/ تالیف یوسف البحرانی

مشخصات نشر : قم.

وضعیت فهرست نویسی : فهرستنویسی قبلی

یادداشت : فهرستنویسی براساس جلد هجدهم

یادداشت : کتابنامه

شماره کتابشناسی ملی : ۵۵۶۰۹

ص: ۱

## اشاره

بِسْمِ اللّٰهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله رب العالمین،و صلی الله علی محمد و آله الطاهرین.

ص: ۱

## کتاب الوکاله

### اشاره

قال فی التذکره:الوکاله عقد شرع للاستنابه فی التصرف،و هی جائزه بالکتاب،و السنه،و الإجماع،أما الکتاب«فقوله سبحانه (۱)إِنَّمَا الصَّدَقاتُ لِلْفُقَراءِ وَ الْمَساکِینِ وَ الْعامِلِینَ عَلَیْها »فجوز العمل،و ذلک بحکم النیابه عن الشخص،و قوله تعالی (۲)«فَابْعَثُوا أَحَدَکُمْ بِوَرِقِکُمْ هٰذِهِ إِلَی الْمَدِینَه،فَلْیَنْظُرْ أَیُّهٰا أَزْکیٰ طَعٰاماً فَلْیَأْتِکُمْ بِرِزْقٍ مِنْهُ وَ لْیَتَلَطَّفْ» و هذه وکاله،و قوله تعالی (۳)«اذْهَبُوا بِقَمِیصِی هٰذٰا فَأَلْقُوهُ عَلیٰ وَجْهِ أَبِی یَأْتِ بَصِیراً» ،فهذه وکاله و أما السنه فما رواه العامه ثم نقل جمله من أخبارهم،و منها حدیث عروه البارقی (۴)فی شراء الشاه، و حدیث وکالته(صلی الله علیه و آله)عمرو بن أمیه الضیمری (۵)فی قبول نکاح أم حبیبه بنت أبی سفیان، و وکل أبا رافع (۶)فی قبول نکاح میمونه، ثم نقل حدیثا من طرق الخاصه،و أحال علی الأحادیث الآتیه فی الکتاب،الی أن قال:و قد اجتمعت الأمه فی جمیع الأمصار و الأعصار علی جواز الوکاله،و لأن اشتداد



---

۱- ۱) سوره التوبه-الایه ۶۰.

۲- ۲) سوره الکهف-الایه ۱۹.

۳- ۳) سوره یوسف-الایه ۹۳.

۴- ۴) المستدرک ج ۲ ص ۴۶۲ الباب ۱۸ ح ۱.

۵- ۵) المستدرک ج ۲ ص ۵۱۰ الباب ۲۰ ح ۳.

۶- ۶) المستدرک ج ۲ ص ۵۱۰ الباب ۲۰ ح ۳.

الحاجه الی الوکاله ظاهره،إذ لا یمکن لکل أحد مباشره ما یحتاج الیه من الأفعال فدعت الضروره إلی الاستنابه،انتهی کلامه.

و الکلام فی هذا الکتاب یقع فی مطالب سبعه:

## المطلب الأول فی العقد و ما یلحق به:

### اشاره

و تحقیق الکلام فی ذلک یقع فی مسائل

### الأولی [فی کفایه کل ما یدل علی الرضا بالاستنابه] :

قال فی التذکره عقیب الکلام المتقدم:الوکاله عقد یتعلق به حکم کل واحد من المتعاقدین،فافتقر إلی الإیجاب و القبول،کالبیع و الأصل فیه عصمه مال المسلم،و منع غیره من التصرف فیه إلا بإذنه،فلا بد من جهه الموکل من لفظ دال علی الرضا بتصرف الغیر له،و هو کل لفظ یدل علی الاذن،مثل أن یقول وکلتک فی کذا و فوضت إلیک،و استنبتک فیه،و ما أشبهه،و لو قال:وکلتنی فی کذا فقال:نعم،و أشار بما یدل علی التصدیق کفی فی الإیجاب،و لو قال:بع و أعتق و نحوهما حصل الاذن،و هذا لا یکاد یسمی إیجابا بل هو أمر و اذن،و انما الإیجاب قوله وکلتک و استنبتک و فوضت إلیک و ما أشبهه و قوله أذنت لک فی فعله لیس صریحا فی الإیجاب،بل اذن فی الفعل، الی أن قال:و لا بد من القبول لفظا،و هو کل ما یدل علی الرضا بالفعل أو قولا، و یجوز القبول بقوله قبلت،و ما أشبهه من الألفاظ الداله علیه،و کل فعل یدل علی القبول،نحو أن یأمره بالبیع فیبیع أو بالشراء فیشتری،لأن الذین و کلهم النبی(صلی الله علیه و آله و سلم)لم ینقل عنهم سوی امتثال أمره،و لأنه اذن فی التصرف،فجاز القبول فیه بالفعل،کأکل الطعام انتهی.

أقول:قد تقدم فی غیر موضع ما یدل علی سعه الدائره فی العقود و أن المعتبر فیها هو کل ما یدل علی الرضا من الطرفین بذلک المعقود علیه،بقی الکلام فی قوله«ان قوله بع و أعتق لا یسمی إیجابا،و انما هو أمر و اذن،و کذا فی قوله أذنت لک فی فعله،لیس صریحا فی الإیجاب.

ص:۴۰

ففيه أنه قد صرح أولا-بأن الإيجاب عباره عن كل لفظ يدل على الرضا بتصرف الغير له،و هو كل لفظ يدل على الأذن،و قال:أخيرا فى تعليل صحه القبول الفعلى،و لأنه اذن فى التصرف،فجاز القبول فيه بالفعل،و تقدم فى كلامه السابق عد الآيه،و هى قوله عز و جل (۱)«اذْهَبُوا بِقَمِيصِى» و قوله تعالى (۲)«فَابْعَثُوا أَحَدَكُمْ بِوَرِقِكُمْ» عن باب الوكاله،و قال:أيضا بعد هذا الكلام الذى نقلناه و قد وكل النبى(صلى الله عليه و آله و سلم)عروه البارقى (۳)فى شراء شاه بلفظ الشراء،يعنى اشتر،و هو مثل لفظ بع الذى منع منه هنا،و قال:قال الله تعالى مخبرا عن أهل الكهف،ثم ذكر الآيه ثم قال:دل على الاذن فجرى مجرى قوله وكلتك،و مقتضى ذلك كون المثالين المذكورين،و قوله أذنت لك كذلك.

و بالجمله فإن المستفاد من كلامهم هو سعه الدائره،فى هذا العقد زياده على غيره من العقود من حيث أنه من العقود الجائزه،فلا يختص بألفاظ مخصوصه، بل يكفى كل ما دل على الرضا بالاستنابه.

قال فى المسالك:لما كان عقد الوكاله من العقود الجائزه صح بكل لفظ يدل على الاستنابه و ان لم يكن على نهج الألفاظ المعتبره فى العقود،و ينبه عليه قول النبى(صلى الله عليه و آله و سلم)لعروه البارقى«اشتر لنا شاه»و قوله تعالى حكايه عن أهل الكهف (۴)«فَلْيَأْتِكُمْ بِرِزْقٍ مِنْهُ» و منه بع،و اشتر،و أعتق،و أذنت لك فى كذا،و نعم،عقيب الاستفهام التقريرى،كو كلتنى فى كذا،لأنها نائبه مناب وكلتك،و كذا الإشاره الداله على المراد الواقعه جوابا،فإنها و ان لم تفد جوابا صريحا و لم يحصل النطق به،إلا أنه بمنزلته فى الدلاله،فيكفى فيه التوسع فى مثل هذا العقد،انتهى و هو جيد.



---

۱- ۱) سوره يوسف-الايه ۹۳.

۲- ۲) سوره الكهف-الايه ۱۹.

۳- ۳) المستدرك ج ۲ ص ۴۶۲ الباب ۱۸ ح ۱.

۴- ۴) سوره الكهف-الايه ۱۹.

ثم ان ظاهر کلامهم هنا الاتفاق علی الاکتفاء بالقبول الفعلی،و ان اختلفوا فیه فی غیره من العقود سیما العقود اللازمه کما تقدم ذکره فی جمله من العقود،و ذلک بأن یوکله فی البیع أو الشراء،فیبیع أو یشتری من غیر لفظ یدل علی القبول،قالوا:و الوجه فی ذلک أن المقصود عن الوکاله الاستنابه،و الاذن فی التصرف،و هو اباحه و رفع حجر،فأشبه إباحه الطعام،و وضعه بین یدی الآکل، فإنه لا یفتقر الی القبول اللفظی.

بقی الکلام فی أن ظاهر ما قدمنا نقله عنه من قوله«و کل فعل یدل علی القبول»الی آخره یدل علی أن القبول الفعلی هو فعل ما تعلقت به الوکاله،و هو الذی صرح به غیره من الأصحاب أیضا الا أنه قال بعد هذا الکلام و القبول یطلق علی معنیین:أحدهما الرضا و الرغبه فیما فوض الیه،و نقیضه الرد،و الثانی اللفظ الدال علیه علی النحو المعتبر فی البیع،و سائر المعاملات،و یعتبر فی الوکاله القبول بالمعنی الأول،حتی لو رد و قال:لا أقبل أو لا أفعل،بطلت الوکاله و لو ندم و أراد أن یفعل أو یرجع،بل لا بد من استیناف اذن جدید مع علم الموکل،لأن الوکاله جائزه من الطرفین،یرتفع فی الالتزام بالفسخ انتهی.

و ظاهر هذا الکلام أنه لا یکفی مجرد الفعل لما تعلقت به الوکاله،بل لا بد من اقترانه بالرضا و الرغبه و وقوعه قبل أن یرد،و مقتضی الکلام الأول هو صحه الوکاله متی فعل ما و کل به لأن بذلک یحصل القبول،و ینضم إلی الإیجاب المتقدم و ان رد أولا،و قال:لا أقبل،و الفسخ إنما یکون بعد تمام العقد بالقبول،و ما لم یفعل أو یقبل باللفظ فلا معنی للفسخ،لعدم حصول العقد.

و یؤید ما ذکرناه عموم أدله الوکاله مثل

قوله علیه السلام (۱)

«الوکاله ثابته حتی یعلمه بالخروج منها کما أعلمه بالدخول». علی أن انعزاله بعزله نفسه بعد تمام



---

۱- ۱) التهذیب ج ۶ ص ۲۱۳ ح ۱،الفقیه ج ۳ ص ۴۷ ح ۳۳۸۱،الوسائل ج ۱۳ ص ۲۸۵ ح ۱.

العقد مع عدم عزل الموكل له محل منع،كما سيأتی التنبيه عليه ان شاء الله تعالى فی محله.

ثم ان ظاهر ما ذكروه من الاكتفاء فی الإيجاب بما يدل علی الوكاله، و لو بالإشاره هو الاكتفاء بالكتابه أيضا،قال فی المسالك:و ما ذكره المصنف و الجماعه من الاكتفاء فی الإيجاب بالإشاره اختيارا يقتضی الاكتفاء بالكتابه أيضا،لاشتراكهما فی الدلاله مع أمن التزوير انتهی.

أقول:و الذی وقفت عليه من أخبارهم عليهم السلام فی المقام ما رواه

الصدوق عن داود بن الحصين عن عمر بن حنظله (1)عن أبی عبد الله عليه السلام قال:

سألته عن رجل قال لآخر اخطب لی فلانه،فما فعلت من شیء مما قاولت من صداق أو ضمنت من شیء أو شرطت فذلك لی رضا و هو لازم لی و لم يشهد علی ذلك،فذهب فخطب له، و بذل الصداق. الحديث و ما رواه

عن حماد عن الحلبی (2)عن أبی عبد الله عليه السلام

أنه قال فی رجل يحمل المتاع لأهل السوق و قد قوموا عليه قيمه فيقولون بع فما ازددت فلك.

إلى أنه قال

فی امرأه ولت أمرها رجلا فقالت:زوجنی فلانا. الحديث،و فيه أنه بعد أن قاول الزوج علی المهر زوجها من نفسه فأبطل عليه السلام التزويج،

و موثقه سماعه (3)عن أبی عبد الله عليه السلام

فی الرجل يحمل المتاع لأهل السوق،و قد قوموا عليه قيمه فيقولون:بع فما ازددت فلك،فقال لا بأس بذلك.

و فی صحيحه زراره (4)قال:

«قلت لأبی عبد الله عليه السلام:رجل يعطی المتاع فيقول ما ازددت علی كذا فهو لك فقال:لا بأس».

و فی صحيحه محمد بن مسلم (5)عن أبی عبد الله عليه السلام

«انه قال فی رجل

ص:7

1- 1) الفقيه ج 3 ص 49 ح 4،الوسائل ج 13 ص 288 ح 1.

2- 2) الفقيه ج 3 ص 50 ح 6،التهذيب ج 6 ص 216 ح 7،الوسائل ج 13 ص 290 ح 1.

۳- ۳) الفقيه ج ۳ ص ۱۴۵ ح ۲۹،الكافى ج ۵ ص ۱۹۵ ح ۳،التهذيب ج ۷ ص ۵۴ ح ۳۳.الوسائل ج ۱۲ ص ۳۸۱ ح ۳.

۴- ۴) التهذيب ج ۷ ص ۵۴ ح ۳۲.الوسائل ج ۱۲ ص ۳۸۱ ح ۲.

۵- ۵) التهذيب ج ۷ ص ۵۴ ح ۳۱.الوسائل ج ۱۲ ص ۳۸۱ ح ۱.

قال لرجل:بع ثوبا بعشره دراهم فما فضل فهو لک،قال:لیس به بأس».

و العقود فی هذه الأخبار کلها کما تری من قبیل ما تقدم من قوله بع و أعتق و اشتر،و نحو ذلک مما یدل علی الاذن و الاستنابه،و لیس فی شیء منها ما یتضمن القبول لفظا و انما تضمنت المبادره إلی امتثال ما أمر به،لکنه فی الحدیث الثانی حیث خالف مقتضی الأمر و زوجها من نفسه أبطل علیه السلام التزویج.

و نحو ذلک فی

صحیحه هشام (۱)عن أبی عبد الله علیه السلام:

إذا قال لک الرجل اشتر لی فلا تعطه من عندک،الحدیث.

و قوله

فی موثقه إسحاق بن عمار (۲)عنه علیه السلام قال:

«سألته عن الرجل یبعث الی الرجل فیقول:ابتع لی ثوبا فیطلب له فی السوق الحدیث.

و فی الثانیه منهما دلاله علی ثبوت الوکاله من الغائب بالمکاتبه أو الإرسال علی لسان شخص آخر کما تقدم ذکره.

و فی روایه هشام بن سالم (۳)عن أبی عبد الله علیه السلام

فی رجل و کل آخر علی وکاله فی إمضاء أمر من الأمور و أشهد له بذلک شاهدین فقام الوکیل فخرج لإمضاء الأمر». الحدیث.

و هو ظاهر فی الاکتفاء بالقبول الفعلی و إطلاق هذه الاخبار ظاهر فیما هو المشهور من حصول القبول الفعلی بالإتیان بما تعلقت به الوکاله،خلافا لما تقدم نقله عن التذکره من اشتراط الرضا و الرغبه.

و فی روایه العلاء بن سیابه (۴)قال:

«سألت أبا عبد الله علیه السلام عن امرأه و کلت رجلا أن یزوجها من رجل،فقبل الوکاله و أشهدت له بذلک،فذهب الوکیل فزوجها»الحدیث.



---

۱- ۱) التهذیب ج ۷ ص ۶ ح ۱۹،الوسائل ج ۱۲ ص ۲۸۸ ح ۱.

۲- ۲) الوسائل ج ۱۲ ص ۲۸۹ ح ۲.

٣- ٣) التهذیب ج ۶ ص ٢١٣ ح ٢،الوسائل ج ١٣ ص ٢٨۶ ح ١.

۴- ۴) التهذیب ج ۶ ص ٢١۴ ح ۵،الوسائل ج ١٣ ص ٢٨۶ ح ٢.

و هذا الخبر مما يدل على القبول لكنه أعم من أن يكون بلفظ قبلت و نحوه، أو بمجرد إظهار الرضا،

و فى صحيحه أبى ولاد الحناط (۱)قال:

«سئل أبو عبد الله عليه السلام عن رجل أمر رجلا أن يزوجه امرأه بالمدينه،و سما هاله،و الذى أمره بالعراق فخرج المأمور فزوجها إياه»الحديث.

و روايه الحذاء (۲)

«عن أبى عبد الله عليه السلام فى رجل أمر رجلا أن يزوجه امرأه من البصره من بنى تميم،فزوجه امرأه من أهل الكوفه من بنى تميم،قال:

خالف أمره». الحديث.

و فى هذين الخبرين دلاله على ما دلت عليه الأخبار المتقدمه من قوله:

«زوجنى أو اخطب لى»و القبول فيهما إنما وقع بالإتيان بما أمر به،لكنه فى الثانى أبطل الوكاله من حيث المخالفه.

و فى روايه محمد بن عيسى (۳)

«أنه بعث إليه أبو الحسن الرضا عليه السلام بثلاثمائه دينار الى رحم امرأه كانت له،و أمره أن يطلقها عنه و يمتعها بهذا المال». و فيها دلاله على ما قدمنا ذكره من ثبوت الوكاله عن الغائب بالكتابه أو الإرسال على لسان شخص،الى غير ذلك من الأخبار التى يقف عليها المتتبع،و لا يخفى على من تتبع الروايات الخاصه و العامه أن ما اشتملت عليه من عقود الوكاله ليس فيها أزيد من الأوامر بما يريده الموكل مما يدل على الاذن له فى التصرف،و ليس فيها لفظ«وكلتك»و لا نحوه من تلك الألفاظ،و كذا فى جانب القبول ليس فيها أزيد من الرضا بذلك،و المبادره إلى فعل ما و كل فيه،و كأنهم إنما أخذوا هذا اللفظ و اشتقوه من لفظ الوكاله فعبروا به،و عبروا بالقبول من حيث الدلاله على الرضا الذى هو الأصل فى صحه العقد،فسرى الوهم الى ترجيح الفرع على الأصل.



---

۱- ۱) الفقيه ج ۳ ص ۲۷۱ ح ۷۵.

۲- ۲) التهذيب ج ۷ ص ۴۸۳ ح ۱۵۲،الفقيه ج ۳ ص ۲۶۴ ح ۴۴.

۳- ۳) التهذيب ج ۸ ص ۴۰ ح ۴۰،و هذه الروايات فى الوسائل ج ۱۴ ص ۲۳۰ ح ۱ و ص ۲۲۸ ح ۱ و ج ۱۰ ص ۴۱۰ فى تعليقه ح ۶.

أقول:و يستفاد من موثقه إسحاق بن عمار،و صحيحه أبى ولاد عدم فوريه القبول فى عقد الوكاله،و الظاهر أنه اتفاقى عندهم،كما يفهم من التذكره حيث أسنده إلى أصحابنا،و جوز تراضيه إلى سنه،و مما ذكر يعلم ضعف مناقشه المسالك للمصنف حيث ان المصنف استدل على جواز تأخير القبول،بأن الغائب له أن يوكل،و القبول متأخر،و أورد عليه أن جواز توكيل الغائب فرع جواز التراخى فى القبول،إذ لو قلنا بفوريته لم يصح.

و فيه ان المصنف إنما استدل بتوكيل الغائب بناء على النص الدال على ذلك كما ذكرناه،و متى ثبت ذلك بالنص فى الغائب ثبت فى غيره بتنقيح المناط، إذ لا خصوصيه للغائب بذلك،مع تأيد ذلك بإطلاق جمله من أخبار الوكاله أيضا و الله سبحانه العالم.

### الثانيه [اشتراط التنجيز فى الوكاله]

لا خلاف بين الأصحاب فى اشتراط التنجيز فى الوكاله،فلو علقها على شرط يمكن وقوعه و عدم وقوعه،مثل«ان قدم زيد»أو على صفه و هى ما لو كان وجوده فى المستقبل محققا كطلوع الشمس،و مجىء رأس الشهر بطلت.

قال فى التذكره:لا يصح عقد الوكاله معلقا بشرط،أو وصف،فان علقت عليهما بطلت،مثل أن يقول:«إن قدم زيد»أو«إن جاء رأس الشهر وكلتك»عند علمائنا،و هو أظهر وجهى الشافعيه،انتهى.

و الظاهر أن مرجع ذلك الى أنه لا يجوز توقيف حصول الوكاله على شىء من هذين الأمرين،سواء كان مقرونا بأداه الشرط مقدما أو مؤخرا،مثل«إن كان كذا فأنت وكيل»أو«أنت وكيل إن كان كذا»أو غير مقرون بها مثل «وكلتك بشرط مجىء زيد»هذا.

و الظاهر أنه لا خلاف أيضا فى أنه لو تنجز الوكاله و شرط تأخير التصرف كأن يقول«وكلتك فى كذا،و لا تتصرف إلا بعد شهر»،فإنه يجوز،و نقل الإجماع عليه فى التذكره أيضا،و كذا الظاهر أنه لا نزاع عندهم فى جواز التوقيت،مثل أن

يقول:وكلتك شهرا،و أنه لا يكون بعد تمامه وكيلا،و أنت خبير بأنه لا فرق عند التأمل بعين التحقيق بين التعليق على الصفه،و هو قولنا:وكلتك ان جاء رأس الشهر،أو ان طلعت الشمس،و بين التنجيز الذى ذكروه مع شرط التأخير كأن يقول وكلتك،و لا تتصرف إلا بعد شهر،فانا لا نعرف لهذا التنجيز هنا معنى، و لا ثمره مع هذا الشرط،و المسئله من أصلها عاريه من النص.

و حينئذ فالظاهر أن الفارق إنما هو الإجماع المدعى فى التذكره فى كل من الموضعين،و أما ما ذكره فى المسالك حيث قال بعد ذكر المسئله الثانيه:و هى ما لو نجز الوكاله،و شرط تأخير التصرف جاز،و الوجه أن منعه من التصرف فى الوقت المعين شرط زائد على أصل الوكاله المنجزه،و هى قابله للشروط السابغه،و هذا و ان كان فى معنى التعليق الا أن العقود لما كانت متلقاه من الشارع نيطت بهذه الضوابط،و بطلت فيما خرج عنها،و ان أفاد فائدتها،انتهى.

ففيه أنه أى نص دل هنا على ما ذكروه من بطلان العقد بالتعليق على الشرط،أو الصفه المذكورين فى كلامهم،و أى نص دل على اشتراط التنجيز الذى ذكروه.

و بالجمله فإنه لا مستند لكل من المسئلتين،و لا للفرق بينهما إلا الإجماع المدعى،و الى ما ذكرنا يميل كلام المحقق الأردبيلى قال:ثم اعلم أن الأصل و عموم أدله التوكيل-و كونه جائزا،و مبناه على المساهله،دون الضيق،و ما تقدم فى عباره التذكره من أنه اذن و أمر و أنه مثل الاذن فى أكل الطعام و لا شك فى جواز تعليقه مثل ان جئت فأنت مأذون فى الأكل و نحوه مع عدم مانع ظاهر- يدل على جواز التعليق،و يؤيده جواز التعليق فى العقود الجائزه مثل القراض، بل هو وكاله بجعل،و العاريه و غيرها،انتهى.

و بالجمله فمقتضى إطلاق روايات الوكاله و عمومها هو الصحه مطلقا و تخصيصها يتوقف على الدليل،و ليس إلا الإجماع،فمن ثبت عنده حجيه الإجماع و أنه

دلیل شرعی فله أن یخصص به عموم تلک الأخبار،و الا فالعمل علی ما دلت علیه تلک العمومات،بقی الکلام فی أنه متی حکمنا ببطلان العقد بتعلقه علی الشرط، فهل یجوز له التصرف بعد حصول الشرط،أم لا؟قرب فی التذکره الجواز، و جعله فی القواعد احتمالا.

قال فی التذکره:قد بینا بطلان الوکاله المعلقه،فلو تصرف الوکیل بعد حصول الشرط فالأقرب صحه التصرف،لأن الإذن حاصل لم یزل بفساد العقد، و صار کما لو شرط فی الوکاله عوضا مجهولا،فقال:بع کذا علی أن لک العشر من ثمنه،فإنه یفسد الوکاله،و لکن ان باع یصح الشرط،ثم اعترض علی نفسه بعدم ظهور فائده للفساد،فقال:ان قیل لا فائده حینئذ للفساد علی تقدیر صحه التصرف التی هی ثمره صحه عقد الوکاله،فإذا وجدت مع القول بالفساد فلا ثمره فی القول بالبطلان،بل لا معنی للبطلان حینئذ،إذ البطلان فی المعاملات عدم ترتب الأثر،و قد قیل:هنا بالترتیب مع الفساد،ثم أجاب بأنه تحصل الفائده فی سقوط الجعل المسمی فی عقد الوکاله ان کان،و الرجوع الی أجره المثل کما فی المضاربه الفاسده،فإنه تبطل الحصه المسماه،و یرجع الی أجره المثل،و کذا الشرط الفاسد فی النکاح یفسد الصداق،و یوجب مهر المثل،و ان لم یؤثر فی النکاح،انتهی ملخصا.

و اعترضه فی المسالک بأن الوکاله لیست أمرا زائدا علی الاذن،و الجعل المشروط لیس جزء منها،و انما هو شرط زائد علیها لصحتها بدونه،بخلاف المضاربه فإن اشتراط الحصه شرط فی صحتها،و لأنه لو تم ذلک لزم الحکم بصحه التصرف مع فسادها بوجه آخر،کقول الوکیل نفسه مع علم الموکل به و سکوته،فإن الإذن حاصل منه،فلا یرتفع بفسخ الوکیل،و لأن العقد حینئذ فاسد قطعا،و لا معنی للفاسد إلا ما لا یترتب علیه أثره،و لأن الإذن المطلق انما وجد فی ضمن الوجه المخصوص،إذ لا وجود للکلی إلا فی ضمن جزئیاته،و لم یوجد منها إلا هذا الجزئی فإذا ارتفع ارتفع الکلی،ثم قال:و للتوقف فی هذا الحکم مجال،انتهی.

ص:١٢

أقول:و يزيده تأييدا أن مقتضى كلام العلامه المذكور أن ثمره ما ذكره انما تظهر فى صوره ما إذا كان العقد مشتملا على جعل و إلا فمع عدم اشتماله على ذلك فإنه لا يظهر للحكم بالبطلان فائده،و لا أثر يترتب عليه،و حينئذ لا يكون ما ذكره كليا،و يتم ما أورده على نفسه،و على هذا يجب القول بصحه العقد حينئذ،و ليس ذلك إلا من حيث بطلان اشتراط التنجيز الذى جعلوه شرطا فى صحه الوكاله،و لأنه إذا حكم بفساد الوكاله من حيث كون عدم التعليق شرطا فى صحتها،فمع التعليق المذكور يجب الحكم بالبطلان،لفوات شرط الصحه، فكيف يصح التصرف حينئذ الذى هو ثمره الصحه،و يحكم باستحقاق الأجره، و كيف تظهر الفائده فيما ذكره،مع أنه يرجع الى القول بعدم اشتراط التنجيز، و عدم البطلان مع التعليق،بل تصح فيها إذا لم يكن جعل،بل معه أيضا،و إنما يبطل الجعل خاصه،على أن ما ادعاه من الصحه-استنادا الى الاذن و أنه لم يزل بفساد العقد،-قد عرفت ما فيه من كلام المسالك،و توضيحه أن الاذن إنما علم على تقدير الشرط الذى اشتملت عليه عباره العقد،و الحال أنه قد حكم ببطلانها، و ليس هنا ما يدل على الاذن غيرها،و لزوم الأجره على هذا أيضا ممنوع،كما تقدمت الإشاره إليه،لأنه إنما تلزم لو فعل ما وكل فيه على ما أمر،و الحال أن ذلك الأمر قد بطل.

و بالجمله فإن الحكم بالصحه لا يتجه و لا يتم إلا بناء على عدم اشتراط التنجيز،و هو ليس ببعيد،كما عرفت من أنه لا دليل على هذا الشرط غير الإجماع المدعى،مع ما عرفت من المجازفه فى أمثال هذه الإجماعات،و الله العالم.

### الثالثه [فى افتقار التوكيل فى شراء عبد إلى وصفه و عدمه] :

اختلف الأصحاب فى ما لو وكله فى شراء عبد هل يفتقر الى وصفه لينتفى الغرر أم لا؟و بالأول قال فى المبسوط و جماعه منهم الشرائع،قال فى المبسوط:

إذا وكله فى شراء عبد وجب وصفه،و لو أطلق لم يصح لما فيه من الغرر،و نحو عباره الشرائع،و قيل:بالعدم،و هو اختيار المسالك و المختلف و غيرهما،و حجه

الأولين ما عرفت من الغرر،لأن العبد المطلق متوغل فی الإبهام،و صادق علی أصناف مختلفه،فلا بد من وصفه ببعض الأوصاف المزيله للجهاله،و لو فی الجمله ككونه تركيا أو زنجيا و لا يجب استقصاء الأوصاف الرافعه للجهاله بالكليه.

و أجاب الآخرون بأن الغرر يندفع بمراعات الوكيل المصلحه فی شرائه، فإن الإطلاق محمول شرعا علی الاستنابه فی شراء عبد يكون شرائه مشتملا علی مصلحه للموكل،و يتخير الوكيل حيث توجد المصلحه فی متعدد كذا ذكره فی المسالك،و فی المختلف أجاب بأن الإطلاق ينصرف الی شراء الصحيح بثمن المثل.

و ظنی أن شيئا من هذين الجوابين لا يفی بالمطلوب،أما الأول:فلأن مراعاه مصلحه الموكل فرع العلم بغرضه و مطلوبه من شراء ذلك العبد، و المفروض أعم من ذلك،و أما الثانی فإن دفع الغرر لا ينحصر فی ما ذكره، و قد ذكروا فی كتاب البيع و لا سيما فی السلم من توقف صحه البيع علی الوصف الرافع للغرر ما هو ظاهر فی تأييد ما قلناه.

و بالجمله فالاحتياط يقتضی الوقوف علی ما ذهب اليه الشيخ و من تبعه، و الله سبحانه العالم.

### الرابعه [كون الوكاله من العقود الجائزه] :

#### اشاره

الظاهر أنه لا خلاف فی أن الوكاله من العقود الجائزه من الطرفين فيجوز لكل منها العزل و الفسخ قال فی التذكره:العقود أربعه أضرب:الأول:

عقد لازم من الطرفين لا ينفسخ بفسخ أحد المتعاقدين،و هو البيع،و الإجاره، و الصلح،و الخلع،و النكاح.

الثانی:عقد جائز من الطرفين و هو الوكاله،و الشركه،و المضاربه، و الجعاله،فلكل منهما فسخ العقد فی هذه.

الثالث:عقد لازم من أحد الطرفين جائز من الآخر كالرهن،فإنه لازم من طرف الراهن،جائز من طرف المرتهن،و الكتابه عند الشيخ جائزه من طرف العبد،لأن له أن يعجز نفسه،و لازمه من جهه المولی.

ص :۱۴

الرابع:المختلف فيه،و هی السبق و الرمايه ان قلنا إنهما اجاره،كان لازما،و ان قلنا إنهما جعاله،كان جائزا،و لا نعلم خلافا من أحد من العلماء فی أن الوكاله عقد جائز من الطرفين،لأنه عقد علی تصرف مستقبل،ليس من شرطه تقدير عمل،و لا زمان،فكان جائزا كالجعاله،فان فسخها الوكيل انفسخت،و بطل تصرفه،و ان فسخها الموكل فكذلک،الی أن قال:و لا خلاف فی أن العزل يبطل الوكاله،انتهی.

إذا عرفت ذلک فاعلم أن الكلام هنا يقع فی مقامين

### [المقام] الأول:فی عزل الوكيل نفسه

،و قد عرفت أنه لا خلاف فيه،قالوا:و لا فرق فی بطلان الوكاله بعزله نفسه، بين اعلام الموكل و عدمه،بخلاف عزل الموكل له لما سيأتی-ان شاء الله تعالی- فی المقام الثانی،و مقتضی ذلک أنه لا ينفذ تصرفه بعد عزله نفسه،و قبل علم المالک،لأن مناط صحه التصرف هو العقد،و المفروض أنه صار باطلا بعزله نفسه،الا أنه قد صرح جمله منهم بأنه يحتمل توقف انعزاله علی علم الموكل، و حينئذ فيجوز له التصرف قبل بلوغه،عملا بالاذن العام الذی تضمنه الوكاله، بل يحتمل ذلک مع بلوغه أيضا،لأصاله بقاء الاذن،و مجرد علمه بالرد لا يدل علی بطلانه من قبل الاذن،قالوا:و لو اكتفينا فی قبول الوكيل بفعله مقتضاها كيف كان،قوی هذا الاحتمال جدا لأنها حينئذ تصير مجرد اذن و اباحه، و يجوز مع ذلک إطلاق العقد عليها،بحيث أن قبولها بالقول يصح،و يترتب عليه أثر فی الجمله،و بهذا الاحتمال قطع فی القواعد مع جهل الموكل بالرد.

أقول:قد عرفت مما قدمناه من الأخبار أنه ليس فيها ما يدل علی ما ذكروه من القبول اللفظی الذی أدخلوا به الوكاله فی باب العقود،و إنما دلت تصريحا فی بعض و تلويحا فی آخر علی القبول بالإتيان بالفعل المأمور به،و ان أدخلوها بذلک فی باب الاذن و الإباحه دون باب العقود،كما أنه لا دلاله فی شیء منها علی ما اعتبروه من صيغ الإيجاب التی ذكروها،و عدوا بها الوكاله

من باب العقود كلفظ وكلتك و نحوه،و إنما اشتملت على مجرد الاذن و الأمر الذى هو عندهم أيضا من باب الإباحه.

و بـذلك يظهر لـك أن الأظهر و الأقوى بالنظر الى مراجعه الأخبار و العمل بما دلت عليه هو أنه بعزله نفسه-علم المالك أو لم يعلم-لا تبطل الوكاله،لبقاء الاذن المفهوم من تلك الأوامر التى اشتملت عليها الأخبار ما لم يعزله المالك، و يصرح بعزله.

و بـالجمله فـإنى لم أقف على دليل من النصوص يـدل على البطلان بعزله نفسه،غير ما يـدعونه من الإجماع،و مقتضـى النصوص المذكوره و عموم أدله الوكاله هو البقاء على مقتضاها،حتى يثبت المخرج من ذلك،و المانع منه، و ليس الأعزل الموكل و نحوه ممـا سـيأتى،و أمـا عزله نفسه و كونه مبطلاـ لهـا فلم أقف فيه على نص،و مجرد كونها من العقود الجائزه لا يوجب ما ذكروه من بطلانها بعزله نفسه،و انه فسخ لها،بل غايه ما يوجبه أنه لا يلزمه شـرعا و لا يجب القيام بذلك،كما هو مقتضـى العقود اللازمه،بل ان شاء فعل و ان شاء لم يفعل،و عدم مشـيه الفعل فى وقت عزله نفسه و رده لها،لا يوجب منعه من الرجوع متى أراد،الا أن يعزله الموكل.

قال فى المسالك-فى بيان تطبيق ما قدمنا نقله عنهم من الاحتمال الدال على جواز التصـرف على ما ذكروه فى أصل المسئله،من بطلان الوكاله و عدم جواز التصـرف ما لفظه-:و يمكن الجمع بين كونها عقدا جائزا تبطل بالرد،و عدم بطلان التصرف بالرد،بأن يحكم ببطلان الوكاله الخاصه و ما يترتب عليها من الجعل لو كان،و بقاء الاذن العام.

أقول:لاـ يخفى مـا فيه من التكلف البعيـد،بـل التحمل الغير السديـد،أما أولا فبما أشـرنا إليه آنفا من أنه لا منافاه بين كونها عقـدا جائزا و بين كونها صحيحه مع الرد،و عزله نفسه،لأن جوازها ليس الا بمعنى عدم وجوب القيام

بها،و عدم ترتب المؤاخذه على تركها،و هذا لا ينافى جواز الرجوع إليها بعد تركها و الاعراض عنها.

و ثانيا ان ما ذكره من الحكم ببطلان الوكاله الخاصه و بقاء الاذن العام مردود بما قدمنا نقله عنه فى المسئله الثانيه فى مقام الرد على كلام التذكره، من قوله ان الوكاله ليست أمرا زائدا على الاذن،و هذا هو الذى عضدته الأخبار المتقدمه،فإنه ليس فيها أزيد من الأوامر الداله على طلب تلك الأشياء المذكوره من قوله اشتر،و بع،و اخطب،و طلق،و نحو ذلك الراجع جميعه الى الاذن فى مباشره هذه الأمور،و هذه صيغ الوكاله التى اضطرب فيها كلامهم،و قبولها إنما هو عباره عن امتثال تلك الأوامر و المسارعه إلى الإتيان بها،و ليس فى شيء منها لفظ وكلت و قبلت و لا نحوهما،و لكنهم لعدم مراجعه الأخبار فى هذه الأبواب و الجرى على أبحاث العامه تلبس عليهم كثير من الأحكام.

و بالجمله فإن كلامهم فى هاتين المسئلتين لا يخلو من تناقض و اضطراب، و لا سيما شيخنا العلامه،فإنه أطلق القول بالبطلان فى المسئلتين فى التحرير و الإرشاد، و هو ظاهر الشرائع أيضا،و جزم فى القواعد بصحه التصرف هنا،و جعله احتمالا فى مسئله بطلان الوكاله بالتعليق على الشرط،و عكس فى التذكره كما قدمنا نقله عنه فى تلك المسئله،فاستقرب بقاء الإذن الضمنى و جعل بقائه هنا احتمالا فصار فى المسئله ثلاثه أقوال.

و ظاهر شيخنا الشهيد الثانى فى المسئله الاولى التوقف،كما مر فى عبارته و ربما ظهر منه هنا الترجيح لما ذهب إليه فى القواعد،حيث قال هنا و يمكن بناء هذا الحكم على ما تقدم من أن بطلان الوكاله هل يقتضى بطلان الاذن العام أو لا؟و قد مر تحقيقه لاشتراكهما فى بطلان الوكاله هناك،لعدم التنجيز، و هنا لعدم القبول،الا أن الحكم هنا لا يخلو عن رجحان على ذلك،من حيث أن الاذن صحيح جامع للشرائط،بخلاف السابق فإنه معلق،و فى صحته ما قد

عرفت،و من ثم جزم فی القواعد ببقاء صحته هنا و جعل الصحه هناک احتمالا انتهی.

أقول:و أنت إذا تأملت فیما حققناه فی المسئلتین بعین التحقیق،و أطرحت ما ادعوه من هذه الإجماعات و رجعت الی الأخبار التی هی السبیل الواضح إلی الأحکام الشرعیه و الطریق،ظهر لک المخرج من هذا الاشکال،و النجاه من هذا المضیق، و الله سبحانه العالم.

### المقام الثانی فی عزل الموکل له:

و قد اختلف الأصحاب فی انعزال الوکیل بعزل الموکل له،فذهب جمع منهم الشیخ فی النهایه و أبو الصلاح،و ابن البراج، و ابن حمزه،و ابن إدریس إلی أنه لا-ینعزل إلا-بإعلامه بالعزل مشافهه،أو اخبار ثقه،و مع عدم إمکان الإعلام فیکفی الإشهاد علی ذلک،فالانعزال دائر بین الاعلام و الاشهاد مع عدم إمکانه،و بدون ذلک لا ینعزل و المشهور بین المتأخرین و هو قول الخلاف أنه لا ینعزل إلا بالإعلام،و قیل:انه ینعزل بمجرد العزل،و ان لم یعلمه و لم یشهد علی ذلک،و هو قول القواعد.

و الذی وقفت علیه من الأخبار فی المسئله ما رواه

فی الفقیه و التهذیب عن العلاء بن سیابه (۱)قال:

«سألت أبا عبد الله علیه السلام عن امرأه وکلت رجلا بأن یزوجها من رجل،فقبل الوکاله و أشهدت له بذلک،فذهب الوکیل فزوجها،ثم إنها أنکرت ذلک الوکیل،و زعمت أنها عزلته عن الوکاله،فأقامت شاهدین أنها عزلته،فقال:ما یقول من قبلکم فی ذلک؟قلت:یقولون:ینظر فی ذلک، فان کانت عزلته قبل أن یزوج فالوکاله باطله،و التزویج باطل،و ان عزلته و قد زوجها فالتزویج ثابت علی ما زوج الوکیل و علی ما اتفق معها من الوکاله إذا لم یتعد شیئا مما أمرت به و اشترطت علیه فی الوکاله،قال:ثم قال:یعزلون الوکیل عن وکالتها و لا تعلمه بالعزل،فقلت:نعم:یزعمون أنها:لو وکلت



---

۱- ۱) الفقیه ج ۳ ص ۴۸ ح ۳،التهذیب ج ۶ ص ۲۱۴ ح ۵،الوسائل ج ۱۳ ص ۲۸۶ ح ۲.

رجلاـ و أشـهدت فی الملاـ و قـالت فی الملاـ اشـهدوا أنی قـد عزلته بطلت وکالته، بلا أن تعلم العزل،و ینقضون جمیع ما فعل الوکیـل فی النکـاح خـاصه.و فی غیره لاـ یبطلون الوکـاله،الاـ أن یعلم الوکیل بالعزل،و یقولون:المال منه عوض لصاحبه و الفرج لیس منه عوض إذا وقع منه ولد،فقال علیه السلام سـبحان الله ما أجور هذا الحکم و أفسده،ان النکاح أحری و أحری أن یحتاط فیه،و هو فرج و منه یکون الولـد،ان علیا علیه السـلام أتته امرأه مستعدیه علی أخیها،فقالت:یا أمیر المؤمنین وکلت أخی هذا بأن یزوجنی رجلا فأشـهدت له ثم عزلته من ساعته تلک فذهب و زوجنی ولی بینه أنی قد عزلته قبل أن یزوجنی،فأقامت البینه،و قال الأخ:

یـا أمیر المـؤمنین علیـه الســلام انهـا وکلتنی و لـم تعلمنی أنهـا عزلتنی عـن الوکـاله حـتی زوجتهـا کمـا أمرتنی بـه،فقـال لهـا ما تقولین:؟فقـالت:قـد أعلمته یـا أمیر المؤمنین فقـال لها:أ لک بینه بـذلک؟فقالت:هؤلاء شـهود یشـهدون بأنی قـد عزلته فقال أمیر المؤمنین علیه السـلام لهم ما تقولون؟قالوا:نشـهد أنها قد قالت اشـهدوا أنی قد عزلت أخی فلانا عن الوکاله بتزویجی فلانا و انی مالکه لامری من قبل أن یزوجنی فلانا فقال:أشـهدتکم علی ذلک بعلم منه و محضر،قالوا:لا،قال فتشهدون أنها أعلمته العزل کما أعلمته الوکـاله؟قـالوا:لاـقال:أری الوکاله ثابته،و النکاح واقعا أین الزوج فجاء فقال خـذ بیـدها بارک الله لک فیها،فقالت:یا أمیر المؤمنین أحلفه أنی لم أعلمه العزل و أنه لم یعلم بعزلی إیاه قبل النکاح قال:و تحلف؟قال:

نعم یا أمیر المؤمنین فحلف و أثبت وکالته و أجاز النکاح.

و ما رواه

فی الفقیه عن ابن أبی عمیر عن هشام بن سالم (۱)و طریقه الی ابن أبی عمیر صحیح،عن أبی عبد الله علیه السلام

فی رجل و کل آخر علی وکاله فی أمر من الأمور و أشـهد له بذلک شاهدین،فقام الوکیل فخرج لإمضاء الأمر فقال:اشهدوا أنی قد عزلت فلانا عن الوکاله،فقال:ان کان الوکیل أمضی الأمر الذی وکل



---

۱- ۱) الفقیه ج ۳ ص ۴۹ ح ۵،الوسائل ج ۱۳ ص ۲۸۶ ح ۱.

علیه قبل العزل عن الوکاله فإن الأمر واقع ماض علی ما أمضاه الوکیل،کره الموکل أم رضی،قلت:فان الوکیل أمضی الأمر قبل أن یعلم بالعزل أو یبلغه أنه قد عزل عن الوکاله فالأمر علی ما أمضاه؟قال:نعم،قلت:فان بلغه العزل قبل أن یمضی الأمر،ثم ذهب حتی أمضاه لم یکن ذلک بشیء؟قال:نعم،ان الوکیل إذا وکل ثم قام عن المجلس فأمره ماض أبدا و الوکاله ثابته حتی یبلغه العزل عن الوکاله بثقه یبلغه،أو یشافه بالعزل عن الوکاله». و رواه الشیخ فی التهذیب بسند فیه العبیدی (۱).

و ما رواه

فی الفقیه عن ابن مسکان عن أبی هلال الرازی (۲)قال:

قلت لأبی عبد الله علیه السلام رجل وکل رجلا بطلاق امرأته إذا حاضت،و طهرت،و خرج الرجل فبدا له فأشهد أنه قد أبطل ما کان أمره به،و أنه بدا له فی ذلک،قال:فلیعلم أهله و لیعلم الوکیل.

و ما رواه

فی الفقیه و التهذیب عن جابر بن یزید و معاویه بن وهب (۳)عن أبی عبد الله علیه السلام قال:

من وکل رجلا علی إمضاء أمر من الأمور فالوکاله ثابته أبدا حتی یعلمه بالخروج منها کما أعلمه بالدخول،فیها». و طریقه فی الفقیه إلی معاویه بن وهب صحیح،فتکون الروایه فیه صحیحه.

و أنت خبیر بما فی هذه الأخبار من الدلاله الصریحه علی القول المشهور بین المتأخرین،و قد اشتملت روایه العلاء بن سیابه علی ما یؤذن ببطلان ما ذهب إلیه فی القواعد،لقوله علیه السلام فی الرد علی العامه یعزلون الوکیل عن الوکاله و لا تعلمه بالعزل الی آخره،و کذا بطلان قول النهایه و من تبعه من الاکتفاء بمجرد الاشهاد مع عدم إمکان الاعلام،کما یفهم من حکم أمیر المؤمنین علیه السلام فی قضیه المرأه المذکوره و نحوها صحیحه هشام بن سالم (۴).



---

۱- ۱) التهذیب ج ۶ ص ۲۱۳ ح ۲.
۲- ۲) الفقیه ج ۳ ص ۴۸ ح ۲،التهذیب ج ۶ ص ۲۱۴ ح ۴،الوسائل ج ۱۳ ص ۲۸۸ باب ۳.
۳- ۳) الفقیه ج ۳ ص ۴۷ ح ۱،التهذیب ج ۶ ص ۲۱۳ ح ۱،الوسائل ج ۱۳ ص ۲۸۵ باب ۱.
۴- ۴) الفقیه ج ۳ ص ۴۹ ح ۵،التهذیب ج ۶ ص ۲۱۳ ح ۲،الوسائل ج ۱۳ ص ۲۸۶ ح ۱.

بقی هنا شیء و هو أن ظاهر عباره الخلاف وجود الروایه بالانعزال بمجرد العزل،کما ذهب إلیه فی القواعد،حیث قال:إذا عزل الموکل وکیله من الوکاله فی غیبه عن الوکیل،لأصحابنا فیه روایتان إحدیهما أنه ینعزل فی الحال، و ان لم یعلم الوکیل و کل تصرف یتصرف فیه الوکیل بعد ذلک یکون باطلا، و هو أحد قولی الشافعی،و الثانیه أنه لا ینعزل حتی یعلم الوکیل ذلک،و کل ما یتصرف فیه یکون واقعا موقعه الی آخره.

و أنت خبیر بأن هذه الروایه لم تصل إلینا و لم ینقلها أحد غیره و بذلک اعترف فی المختلف أیضا حیث قال:و لم نظفر بالروایه الأخری التی نقلها فی الخلاف، ثم انه قال فی المختلف:و الظاهر عدم عزل الوکیل الا أن یعلم العزل لهذه الروایات،و لأنه لو انعزل قبل علمه کان فیه ضرر،لأنه قد یتصرف تصرفات تقع باطله،و ربما باع الجاریه فیطؤها المشتری،و الطعام فیأکله أو غیر ذلک فیتصرف فیه المشتری و یجب ضمانه بتصرف المشتری و الوکیل.

ثم قال:و القول الآخر لیس بردی،لأن الوکاله من العقود الجائزه، فللموکل الفسخ و ان لم یعلمه الوکیل،و الا کانت لازمه حینئذ هذا خلف،و لأن العزل رفع عقد،لا یفتقر الی رضا صاحبه،فلا یفتقر الی علمه کالطلاق،و العتق، و قول النهایه لا بأس به،لأنه توسط بین الأقوال،انتهی.

و نسج علی منواله المحقق اردبیلی بالنسبه إلی تعلیل هذین القولین،سیما قول القواعد،و أطال المناقشه و الطعن فی أسانید الاخبار حتی أنه فی آخر البحث قال:و المسئله من المشکلات،لما علمت مما تقدم.

و أنت خبیر بان کل ذلک اجتهاد فی مقابله النصوص،و جرأه تامه علی أهل الخصوص،سیما فی الروایات المذکوره ما هو صحیح السند باصطلاحهم مع صراحه الدلاله بما لا یحوم حوله الشک،و الاشکال،و لکنهم جرت عادتهم بالرکون الی هذه التعلیلات العقلیه،و ترجیحها علی الأدله النقلیه،و یتفرع

على الخلاف المذكور صحه تصرف الوكيل بعد العزل،و قبل الاعلام بناء على القول المختار،و على القولين الأخيرين من الانعزال بمجرد العزل أو بمجرد الاشهاد يبطل جميع ما فعله بعد الأمرين المذكورين،و هو الظاهر،و الله سبحانه العالم.

### الخامسه [موارد بطلان الوكاله] :

### اشاره

قد صرح الأصحاب بأن الوكاله تبطل بأمور

### منها [عزل الوكيل نفسه]

ما تقدم من عزل الوكيل نفسه على ما قالوه،و عزل الموكل كما عرفت ،و

### منها التعليق بالشرط أو الصفه

،و قد عرفت الكلام فيه،الا أن فى عد هذا الفرد نوع تسامح.

و

### منها موت كل من الوكيل أو الموكل

،أما موت الوكيل فظاهر، و أما موت الموكل فلأن ما وكل فيه ينتقل الى غيره،فلا يجوز التصرف فيه إلا بإذن من انتقل اليه،و لأن العقد كان جائزا منوطا باذنه،و رضاءهما غير متحققين بعد الموت.

و بالجمله فإنه لا خلاف و لا إشكال فى البطلان فى الصوره المذكوره و قد صرحوا بأنه لو مات الموكل فان تصرف الوكيل بعد الموت باطل،و ان لم يعلم الموت،لأن ذلك هو الأصل و إنما خرجت مسأله العزل بالنص.

و عندى فيه توقف،لعدم إيرادهم نصا على ما ادعوه من البطلان،سيما مع ما عرفت من خروج النصوص بعدم انعزال الوكيل قبل بلوغ العزل له الجارى ذلك على خلاف قواعدهم،حتى اضطربوا فى التفصى عنها،فمنهم من قال بها، و ألغى تلك القواعد،و منهم من ألغاها و قدم تلك القواعد،فمن المحتمل قريبا أن يكون الحكم هنا كذلك أيضا،و ما ادعوه من الأصل هنا لا أعرف له أصلا، و كأنهم أرادوا بالأصل أصل العدم.

و فيه أن الأصل بمعنى الاستصحاب لثبوت الوكاله حتى يقوم الدليل على الإبطال فى الصوره المذكوره قائم و مرجع هذا الاستصحاب الى عموم الدليل، حتى يثبت الرافع له،و يعضده الأمر بالوفاء بالعقود،و بالجمله فالحكم لعدم النص لا يخلو عن اشكال.

نعم يمكن أن يستدل لما ذكروه بما رواه

فى الكافى عن ابن بكير (۱)فى الموثق عن بعض أصحابنا عن أبى عبد الله عليه السلام

فى رجل أرسل يخطب عليه امرأه و هو غائب،فأنكحوا الغائب و فرضوا الصداق،ثم جاء خبره بعد أنه توفى بعد ما سيق الصداق،فقال:ان كان أملك بعد ما توفى فليس لها صداق،و لا ميراث، و ان كان أملك قبل أن يتوفى فلها نصف الصداق،و هى وارثه،و عليها العده».

فإنها ظاهره فى أنه و كل فى حال الغيبه من يخطب له و يعقد عنه و يسوق المهر ثم مات،و قد حكم عليه السلام بصحه العقد متى وقع قبل الموت،و بطلانه متى كان بعده، و حينئذ فيتم ما ذكروه من الحكم المذكور،و ان لم يتنبه أحد منهم لهذا الخبر الذى ذكرناه،بل إنما بنوا الحكم على قواعدهم المتداوله بينهم ثم انهم نبهوا على أنه و ان بطلت الوكاله فى الصوره المذكوره،لكن ما بيده يكون أمانه لأن الأمانه لا تبطل بالموت كما تبطل الوكاله الا أنه يجب المسارعه و ردها على الوارث فإن أخر لا لعذر ضمن،كما تقدم فى الوديعه،و لو تلف بغير تفريط فلا ضمان.

و

#### منها الجنون و الإغماء من كل منهما

و الظاهر أن المستند فيه هو الإجماع كما فى المسالك،فقال:هذا موضع وفاق،و لأنه من أحكام العقود الجائزه، و كان مبناه على الخروج عن أهليه التصرف و قد صرحوا أيضا بأنه لا فرق بين أن يكون مطبقا أو أدوارا و لا فى الإغماء بين طوله و قصره،و لا فرق بين أن يعلم الموكل بعروض المبطل و عدمه.

ثم انهم صرحوا أيضا بأنه يجىء فى هذه المسئله ما تقدم فى مسئله ما تقدم فى مسئلتى بطلان الوكاله بالرد و بالتعليق،من جواز التصرف و عدمه،فإنه بعد زوال الجنون أو الإغماء الذين بهما بطلت الوكاله،هل يجوز لهما التصرف بالاذن العام فكل من قال بالجواز ثمه،فإن الحال فيه هنا كذلك.

و قد عرفت مما حققناه فى تلك المسئلتين،أن الحق هو جواز التصرف بل



---

۱- ۱) الكافى ج ۵ ص ۴۱۵ ح ۱،الوسائل ج ۱۴ ص ۲۳۰ ح ۲.

عـدم بطلان الوكاله بشـيء من ذينك الأمرين و ان ادعوا الإجماع عليه فكذلك هنا لأنا لم نقف لهم على دليل يدل على ابطالها بما ذكروه،سوى ما ادعى من الإجماع و حينئذ فيجوز التصـرف فيما و كل فيه،و لا يحتاج إلى تجديد عقد من الموكل بعد زوال ذلك عنه لو كان هو المصاب بأحـد الأمرين،بل يكفى استصـحاب حكم العقد السابق،أما عندنا فلعدم ثبوت الابطال بذلك كما عرفت،و أما عندهم فلاستصحاب الاذن العام،لانه و ان بطل عقد الوكاله الا أن الاذن باق.

و يؤيـد جواز التصـرف هنا و ان امتنع بوجود أحـد هـذين الأمرين جمله من النظائر،كما صـرحوا به من دخول الصـيد الغائب فى ملـك المحرم،بعـد زوال الإـحرام،و أن من وكـل محلا فصار محرما لم يحتـج الى تجديـد الوكاله بعـد تحلله عن الإحرام،و نحو ذلك مما يقف عليه المتبع،و فى جميع ذلك تأييد لما ذكرناه من عدم بطلان الوكاله هنا.

و

## منها الحجر على الموكل فيما يمنع الحجر من التصرف فيه

،فإنه إذا منع ذلك الموكل منع وكيله بطريق أولى،و لان الحجر موجب لزوال أهليه التصرف المالى،قالوا:و فى حكم الحجر طرو الرق على الموكل بأن كان كافرا فاسترق،و لو كان هو الوكيل صار بمنزله توكيل عبد الغير،و سيأتى الكلام فيه إنشاء الله تعالى،و يأتى الكلام فى التصرف بعد زوال الحجر كما تقدم.

و لا تبطل بالنوم و ان طال لبقاء أهليه التصـرف،و من ثم أنه لا تثبت الولايه عليه،و قيد فى اللمعه النوم المتطاول بأن لا يؤدى الى الإغماء،و فيه كما أشار إليه الشارح خروج عن موضع فرض المسئله،لأن الإبطال انما هو بالإغماء، لا بالنوم.

و

## منها تلف ما تعلقت به الوكاله

كتلف العبد الموكل ببيعه و موت المرأه الموكل بتزويجها أو طلاقها،و تلف الدينار الموكل بأن يشرى به شيئا،قالوا:

و فى حكم التلف انتقاله عن ملكه كما لو أعتق العبد الموكل فى بيعه،أو باع

العبد الموكل فی عتقه.

و

### منها ما لو فعل الموكل ما تعلقت به الوكاله

كأن يوكله فی بيع عبـد ثم يبيعه هو،و ثبوت البطلان ظاهر،إذ لا شک فی ثبوت ذلک له قبل الوكاله،و الوكاله غير مانعه منه،و لا منافيه له،سـيما مع ثبوت كونها جائزه،و معلوم أنه بعـد فعله لم يبق ما و كل فيه،فلا تبقی الوكاله،لعدم بقاء محلها فهو بمنزله تلف ما و كل فيه،كما فی سابق هذا الموضع.

و بـالجمله فالأمر فی ذلک أظهر من أن يحتاج إلی مزيـد بيان،و فی حكمه فعل الموكل ما ينافی الوكاله،قال فی المسالک و فی كون وطئ الزوجه الموكل فی طلاقها و السـريه الموكل فی بيعها منافيا وجهان:من دلاله الوطی علی الرغبه ظاهرا و لهذا دل فعله علی الرجوع فی المطلقه رجعيه فرفعه للوكـاله أولی، و من ثبوت الوكاله و منافاه الوطی لها غير معلوم،و ثبوت الفرق بين الطلاق و الوكـاله،فـإن الطلاـق يقتضـی قطع علاـقه النكاح فينافيه الوطی،بخلاف التوكيل فإنه لا ينافيه انتفاع الموكل بالملک الـذی من جملته الوطی بوجه نعم فعل مقتضی الوكاله ينافيه،و الأولويه ممنوعه،و هذا أقوی و أولی بعدم البطلان فعل المقدمات.

و فی القواعـد فرق بين الزوجه و السـريه فقطع فی الزوجه بالبطلان،و فی السـريه بخلافه،و فی التـذكره توقف فی حكم الوطی و المقدمات معا انتهی،و نحوه كلام المحقق الثانی فی شرح القواعد.

و التحقيق أن يقال:ان الوطی و المقدمات التی هی عباره عن التقبيل و المباشره دون الفرج و نحو ذلک الدال بظاهره علی الرغبه ان وقع مقرونا بالندامه علی التوكيل و قصد العزل،فإنه لا إشـكال فی كونه عزلا،و أنه تبطل الوكاله بذلک، و ان وقع مقرونا بعدم ذلـک،فالظـاهر بقاء الوكاله و عـدم العزل،و ان وقع مشـتبها فإنه ينبغی اسـتفسار ذلک من الموكل،و يقبل قوله فی ذلک،و ان لم يمكن مراجعته

و استعلام الحال منه فإن الأقرب عدم العزل و بقاء الوكاله،لأن ما فعله من هذه الأشياء أعم من قصد الإمساك و العزل عن الوكاله و الرغبه فيها،و من عدم ذلك، فالأصل ثبوت الوكاله و بقائها حتى يعلم الرافع لها.

و يشير اليه ما تقدم فى الأخبار المتقدمه من قوله عليه السلام فى بعضها«الوكاله ثابته أبدا حتى يعلمه بالخروج منها كما أعلمه بالدخول فيها»و فى آخر«الوكاله ثابته حتى يبلغه العزل عن الوكاله بثقه يبلغه،أو يشافه العزل»الدال جميع ذلك على أنه بعد ثبوت الوكاله،فإنه يجب البقاء عليها الا مع العلم بالرافع لها، و لهذا لو كان المبلغ للعزل غير ثقه لا يترتب على خبره العلم لم يوجب العزل، فكذا هنا بمجرد وقوع هذه الأشياء على وجه لا يعلم به اراده العزل لا توجب عزلا، و يمكن إرجاع كلام الفاضلين المذكورين الى ما حققناه هنا،فان ظاهر اعتراضهما على الوجه الأول-بأن منافاه الوطى لها غير معلوم-أنه لو كانت المنافاه معلومه لكان ذلك عزلا،و حينئذ فإذا كان مقرونا بالمنافى من قصد الإمساك و قصد العزل عن الوكاله فلا ريب فى كونه عزلا عندهما،و أما ما نقله عن التذكره من أنه توقف فى حكم الوطى و المقدمات فالذى يظهر لى أن التوقف انما هو فى المقدمات.

و أما حكم الوطى فالظاهر أنه الأقرب عنده،و ان عبر عنه بلفظ الاحتمال حيث قال فى عد عبارات العزل و الفسخ فإذا و كله فى طلاق زوجته ثم وطئها احتمل بطلان الوكاله،لدلاله وطئه لها على رغبته و اختياره إمساكها،و كذا لو وطئها بعد طلاقها رجعيا،كان ذلك ارتجاعا لها،فإذا اقتضى الوطى رجعتها بعد طلاقها، فلأن يقتضى استبقاؤها على زوجيتها و منع طلاقها أولى،و ان باشرها دون الفرج أو قبلها أو فعل ما يحرم على غير الزوج فهل يفسخ الوكاله فى الطلاق؟إشكال،ينشأ من حصول الرجعه به،و عدمه انتهى.

و التقريب فيما ذكرناه أنه ذكر الدليل على بطلان الوكاله بالوطء و لم يتعرض لرده،بل جمد عليه بل جعله أولى من الرجعه،فكيف ينسب له التوقف

ص :۲۶

مع الحكم بذلک عنده فی الرجعه،و عدم التوقف فیها و هو قد حکم بالأولویه من الرجعه.

نعم التوقف فی المقدمات ظاهر حیث صرح بالإشکال فی ذلک،و جعل الإشکال فی الإبطال بها تابعا للإشکال بحصول الرجعه بذلک،و الله سبحانه العالم.

### السادسه [فیما یقتضیه إطلاق الوکاله] :

قالوا:إطلاق الوکاله یقتضی الابتیاع بثمن المثل بنقد البلد حالا، و ان یبتاع الصحیح دون المعیب،و لو خالف وقف علی الإجازه.

أقول:الظاهر أن الوجه فی اقتضاء الإطلاق هذه الأمور هو أن المتبادر من الإطلاق ذلک بحسب العرف و العاده،لأن المرجع فی مثل ذلک الیه کما صرحوا به فی غیر موضع،و ادعی فی التذکره الإجماع هنا علی ذلک،الا أنه فی التذکره قید إطلاق الوکاله فی البیع بثمن المثل،بما إذا لم یکن هناک باذل بأزید،و إلا فلا یجوز،بل لا یصح البیع حینئذ،فإنه تجب رعایه المصلحه علی الوکیل و صحه فعله موقوفه علیها،قال فی الکتاب المذکور:کما لا یجوز للوکیل أن ینقص عن ثمن المثل،لا یجوز أن یقتصر علیه،و هناک طالب بالزیاده،بل یجب بیعه علی باذل الزیاده،لأنه منصوب لمصلحه الموکل،و لیس من مصلحته بیعه بالأقل مع وجود الأکثر،انتهی،و صرح أیضا بأنه لو باع بخیار ثم وجد باذلا یزید فی الثمن فی زمن الخیار وجب علیه الفسخ،تحصیلا لمصلحه المالک فی ذلک و التزام البیع مناف لها فلا یملکه.

و زاد المحقق الأردبیلی أیضا أنه یمکن ذلک فیما لو عین الموکل الثمن أیضا، قال:فان تعیینه إنما هو لظن عدم الزیاده علیه،و هو المفهوم عرفا إذ المتعارف و الغالب أن شخصا لم یبع بأنقص مع وجود الزائد،و الأمور محموله علی الغالب و العرف،مع أن ذلک أیضا منوط بالمصلحه،و لا مصلحه فی البیع بالناقص مع وجود الزائد،انتهی و هو غیر بعید،و استثنی بعضهم أیضا من ثمن المثل النقصان الیسیر الذی یتسامح الناس فیه،و لا یناقشون فیه کدرهم أو درهمین فی ألف درهم،

ص: ۲۷

و لا بأس به نظرا الى ما قدمنا ذكره من دوران هذه الأحكام مدار العرف و العاده.

و أما نقد البلد فان كان واحدا فى تلك البلد،لا تعدد فيه فمعلوم انصراف الإطلاق إليه فى البيع و الوكاله،و مع التعدد فإنه ينصرف الى الغالب،فان استوت تحرى ما هو الأنفع للموكل،و إلا تخير.

و أما كونه حالا فإنه هو الغالب فى العاده،فيجب حمل الإطلاق عليه.

و اما اقتضاء الإطلاق الصحيح دون المعيب،فادعى عليه فى التذكره الإجماع، قال:لأن الإطلاق فى الشراء يقتضى سلامه المبيع،حتى أن للمشترى الرد لو خرج معيبا،ثم نقل عن أبى حنيفه جواز شراء المعيب،و انه كالمضارب ثم رده بالفرق بين المضارب و الوكيل،و أن المضارب إنما يشترى للربح،و قد يكون فى المعيب،بخلاف الوكيل فإنه قد يكون للغنيه و الانتفاع،و العيب قد يمنع بعض المقصود،و إنما يقتضى و يد خر السليم،الى آخر كلامه رحمه الله عليه.

ثم أنه لو خالف الوكيل و شرى المعيب،فان كان عالما كان فضوليا على القول بصحه الفضولى،و باطلا على القول الآخر،و هو المختار كما تقدم فى البيع،و مثله يأتى فيما لو اشترى بزياده على ثمن المثل عالما،فإنه للمخالفه يكون موقوفا أو باطلا،و كذا الحكم عندهم فيما لو اشتراه جاهلا بالعيب.

و إن كان باطنا قالوا:يقع عن الموكل،لأنه إنما يلزمه الشراء الصحيح بحسب الظاهر،و لا يخاطب بالسلامه فى الباطن،لأنه يعجز عنه،و لا يمكنه الوصول إليه إذ هو عيب لا يجوز التكليف به،فيقع البيع للموكل،كما لو شرى بنفسه جاهلا بالعيب.

بقى الكلام فى خيار العيب بعد العلم به،و الرد به أو الإمساك،و الظاهر أنه للموكل دون الوكيل و به صرح فى التذكره،و ظاهره الإجماع عليه،قال:

و حيث قلنا يقع عن الموكل و كان الوكيل جاهلا بالعيب فللموكل الرد إذا اطلع عليه،لأنه المالك،و هل يملك الوكيل الرد بالعيب،أما عندنا فلا،لأنه

إنما و كله فى الشراء،و هو مغاير للرد،فلا يملكه،انتهى.

و منه يظهر أنه لو كانت الوكاله مطلقه أو كان وكيلا فى الشراء و الرد، فان للوكيل الرد،و هو ظاهر،الا أنه سيأتى فى كلامهم أيضا ما يؤذن بأن للوكيل الرد بالعيب.

ثم ان ظاهرهم فيما لو اشترى جاهلا بالغبن،بأن شرى بما يزيد على ثمن المثل جاهلا،فإنه لا يقع للموكل،كما فى العيب،بل يكون حكمه حكم العالم، كما تقدم،قالوا:و الفرق بين الجهل بالعيب،و الجهل بالغبن أن العيب قد يخفى فهو فى شرائه معذور،و الوكاله شامله له،لأن التكليف بالصحيح إنما هو بالنظر الى الظاهر،لا الباطن كما عرفت آنفا.

و بالجمله فهو لا يزيد على شرائه لنفسه،بخلاف الجهل بالغبن فان الغبن لا يخفى،و نقص القيمه أمر ظاهر،مستند الى تقصيره فى تحرير القيمه،فلا يكون داخلا تحت الوكاله.

و فيه أن ما ذكروه لا يطرد كليا لأنه و ان تم ذلك فى بعض الأفراد الا أن الأمر فى بعضها على خلاف ذلك،فان من العيب ما يكون ظاهرا لا خفاء فيه كالعور و العرج،و من الغبن ما هو خفى بل أخفى على كثير من أهل الخبره،كما فى كثير من العيوب،كما فى الجواهر و نحوها،و على هذا فينبغى أن يجعل الضابط فيهما واحدا بأن يقال ان كلا من العيب و الغبن ان كان مما يخفى غالبا،فإنه يقع الشراء من الموكل مع الجهل بهما،و إلا وقف على الإجازه،كما ذكروه،و بطل على المختار،و الله سبحانه العالم.

**السابعه [فى اقتضاء إطلاق الوكاله بالبيع بيع الوكيل على ولده الكبير أو زوجته] :**

الظاهر أنه لا خلاف فى أن إطلاق الوكاله بالبيع يقتضى بيع الوكيل على ولده الكبير و زوجته،كما فى غيرهما،و لم ينقل فيه الخلاف الا عن بعض العامه،محتجا بمظنه التهمه،و أما على الولد الصغير فعن الشيخ القول بالمنع:للزوم اتحاد الموجب و القابل،و لأنه تجب عليه رعايه المصلحه من

الجانبین و المماکسه مهما أمکن،و ذلک غیر ممکن هنا.

أقول:و یلزم ذلک کل من قال بعدم جواز شراء الوکیل بنفسه،قال فی التذکره:إذا منعنا من شراء الوکیل لنفسه لم یجز أیضا أن یشتری لولده الصغیر،و لا لمن یلی علیه لوصیه،لأنه یکون بیعا من نفسه،و به قال الشافعی، و عندی فیه نظر،أقربه الجواز فی ذلک کله،انتهی.

أقول:و یؤید الصحه أیضا عموم أدله البیع و أدله الوکاله،و المنع من بطلان الاتحاد،و قد جوز الشیخ ذلک فی الأب و الجد بالنسبه إلی الصغیر،و هو ظاهر فی عدم مانعیه الاتحاد،و فی عدم اشتراط المماکسه.

و أما البیع علی نفسه أو الشراء لنفسه،فقد تقدم الکلام فیه فی الموضع الخامس من المسئله الخامسه من المقام الأول فی البیع (۱)و یأتی الکلام فی ذلک إنشاء الله تعالی فی المطلب السادس،و الله سبحانه العالم.

### الثامنه [فی اقتضاء إطلاق الوکاله تسلیم المبیع] :

قال فی الشرائع:إطلاق الوکاله فی البیع یقتضی تسلیم المبیع، لأنه من واجباته،و علله الشارح فی المسالک بأنه إنما کان من واجباته،لأن البیع یقتضی إزاله ملک البائع عن المبیع،و دخوله فی ملک المشتری،فیجب علی مدخل الملک التسلیم،لأنه من حقوقه.

و قال فی الإرشاد:و وکیل البیع لا یملک تسلیم المبیع قبل توفیه الثمن، و وجهه الشارح الأردبیلی بأن تسلیم المبیع لیس بداخل فی مفهوم البیع،و لا یشترط فی ذلک،فلا یکون وکیله مالکا له،إذ ما وکله إلا فی البیع،و أما إذا دفع الثمن إلی الموکل أو وکیله الجائز له قبضه،أو أبرأه من الثمن فلا یجوز منعه،لأنه صار ملکا خالصا للمشتری،بحیث لا یجوز للموکل منعه،فیجب علیه التسلیم کالوکیل،و ان لم یکن وکیلا فی التسلیم صریحا،انتهی.

و ظاهر عباره القواعد مثل الشرائع،و الظاهر أنه یجب تقییدهما بما ذکره



---

۱- ۱) ج ۱۸ ص ۴۱۶.

هنا من دفع الثمن أولا،بناء على قاعدتهم من عدم الوجوب الا بالتقابض، و كذا تقييد عباره المسالك المذكوره،فإنه و ان دخل فی ملك المشتری بمجرد عقد البيع كما ذكره،الا أن ملكه له لا يستلزم وجوب تسليمه له قبل قبض الثمن منه،حيثما صرحوا به فيما لو باع مال نفسه،كما تقدم فی البيع،و لهذا انه فی المسالك استدرك ذلك،فقال فی تتمه العباره المتقدمه:لكن لا يسلمه حتى يقبض الثمن هو،أو من يكون له قبضه.

قال فی التذكره:إذا وكله فی البيع يملك تسليم المبيع إلى المشتری ان كان فی يده،و هو قول أكثر الشافعيه،لأن البيع يقتضی إزاله الملك،فيجب التسليم،و لأن تسليم المبيع إلى المشتری من تمامه و حقوقه،و هذا عين ما علله فی المسالك،ثم قال فی المسئله التی بعدها:إذا وكله فی البيع لم يملك قبض الثمن على ما تقدم،و يملك تسليم العين إلى المشتری،لكن لا يسلم قبل أن يقبض الموكل أو من نصبه الثمن،فإن سلمه قبل قبضه كان ضامنا،و قد قيد فی هذه المسئله ما أطلقه فی المسئله التی قبلها.

و بالجمله فإن رعايه قواعدهم فی المسئله توجب ذلك،و لهذا انه فی المسالك استدرك بالتقييد بذلك،هذا بالنسبه إلى تسليم المبيع.

و أما قبضه الثمن فقد صرحوا بأن إطلاق الوكاله فی البيع لا يقتضی قبض الثمن،لأنه قد لا يؤمن على القبض و الوكاله انما وقعت فی البيع،و قبض الثمن أمر زائد على ذلك،إلا أن يكون هناك قرينه تدل عليه،فيكون الاعتماد فی ذلك عليها،كما لو أمره بالبيع فی سوق بعيده أو بلد آخر بحيث أنه يضيع الثمن بترك قبضه،و لا يمكن للموكل قبضه،ففی مثل ذلك يجوز،بل يجب قبضه حتى أنه لو تركه و لم يقبضه كان ضامنا،لأن الظاهر من حال الموكل أنه انما أمره بالبيع للانتفاع بالثمن،و لا يرضى بتضييعه،و لهذا يعد من فعل ذلك مفرطا هذا فی الوكيل فی البيع.

ص :٣١

و أما الوكيل فى الشراء فإنهم قد صرحوا بأن إطلاق الوكاله فى الشراء يقتضى الاذن فى تسليم الثمن،و لا يقتضى الاذن فى تسلم المبيع،قال فى التذكره:

الوكيل بالشراء إذا اشترى ما وكل فيه ملك تسليم ثمنه،لأنه من تتمته و حقوقه،فهو كتسليم المبيع فى الحكم،و الحكم فى قبض المبيع كالحكم فى قبض الثمن فى البيع،الوجه عندنا أنه لا يملكه،كما قلناه فى البيع لا يملك الوكيل فيه قبض الثمن،انتهى،و على هذا النهج كلام الشرائع و الإرشاد و غيرهما.

أقول:و ينبغى تقييد إطلاقهم هنا عدم ملكه تسلم المبيع،لعدم دخوله تحت إطلاق الوكاله بما قيد به عدم قبض الثمن فى صوره الوكاله فى البيع، من أنه لو دلت القرائن على فوات المبيع و ذهابه لو لم يتسلمه لكان الواجب عليه قبضه،فضلا عن أن يكون جائزا لعين ما ذكروه ثمه،كما لو وكله فى شراء عين من مكان بعيد يتعذر على الموكل قبضها،بحيث لو لم يقبضها ذهبت و فاتت،فإنه يجب عليه قبضها،و أنه يضمن بتركه ذلك لعين ما تقدم، و ينبغى أيضا تقييد إطلاقهم ملك تسليم الثمن هنا بما تقدم فى الوكاله فى البيع من تقييد ملكه لتسليم المبيع،بما إذا قبض الموكل أو من يقوم مقامه الثمن لعين ما تقدم من الدليل فى تلك الصوره،و لعله الى ذلك يشير قوله فى التذكره:

فهو كتسليم المبيع،فان قياسه على تسليم المبيع و جعله مثله و على نهجه مع أنه كما عرفت قد صرح ثمه بأنه لا يسلم المبيع حتى يقبض الموكل أو من نصبه الثمن، بمقتضى ما قلناه هنا من أنه لا يسلم الثمن إلا بعد قبض المبيع،فمعنى قولهم أنه مأذون فى دفع الثمن يعنى بعد تسليم المبيع.

و بالجمله فالظاهر عدم الفرق بين الوكيل البائع و الوكيل المشترى،فى أنه ليس لهما دفع ما بيدها و إقباضه إلا بعد وصول عوضه الى الموكل أو من نصبه لقبضه،حيثما تقدم فى كلامهم فى البيع فى غير موضع من اشتراط التقابض و نحوه و الله سبحانه العالم.

### التاسعه [فی عدم جواز رد الوکیل المبیع بالعیب] :

قد صرح جمع من الأصحاب منهم الفاضلان فی الشرائع و الإرشاد بأن للوکیل الرد بالعیب مع حضور الموکل و غیبته،و علله فی الشرائع قال:

لأنه من مصلحه العقد.

أقول:قد تقدم فی عباره التذکره فی المسئله السادسه ما یؤذن بدعوی الإجماع علی أن الوکیل لا یملک الرد بالعیب،لأنه إنما وکله فی الشراء و هو مغایر للرد فلا یملکه،و علل فی المسالک کلام المصنف هنا بأن الموکل قد أقامه مقام نفسه فی هذا العقد،و الرد بالعیب من لوازمه لأن التوکیل لما لم ینزل إلا علی شراء الصحیح،فإذا ظهر العیب کان له الرد و شراء الصحیح،ثم اعترضه فقال:و یشکل الأول بأنه انما أقامه مقام نفسه فی العقد،لا فی اللوازم،إذ من جملتها القبض،و الإقاله و غیرهما،و لیس له مباشرتهما إجماعا،و الثانی بأن مقتضاه وقوف العقد علی الإجازه کما مر لا ثبوت الرد،الی أن قال:و الأجود عدم جواز الرد مطلقا،وفاقا للتذکره،لأن الوکاله فی الشراء انما اقتضت إدخال المبیع فی ملکه،و الرد یقابله و یضاده،فلا یدخل فیها،انتهی و هو جید.

و کیف کان فإنه متی رضی به الموکل أو منعه عن الرد فإنه لیس له الرد، أما علی ما اخترناه فإنک قد عرفت أن الوکیل لیس له الرد،و انما الخیار للموکل بین الرد و الإمساک.

و أما علی ما ذکروه هنا من أن للوکیل الرد فلأنه بمنعه عن الرد قد انعزل عن الوکاله فی ذلک،کما ذکره فی المسالک بناء علی ذلک،حیث قال-بعد قول المصنف و لو منعه الموکل لم تکن له مخالفته-ما لفظه:لا شبهه فی بطلان رده بالنهی المذکور،لأنه إبطال للوکاله فیما تضمنه،و عزل له فیه،و إذا جاز عزله عن الوکاله فمن بعض مقتضیاتها أولی و فی حکمه إظهار الرضا بالعیب،فإنه فی معنی النهی عن الرد و أراد بذلک الفرق بین الوکیل،و عامل المضاربه،حیث انه قد سلف أن لیس للمالک منعه من الرد بالعیب،و ان رضی به مع کون العامل فی معنی الوکیل،و الفارق انحصار الحق هنا فی الموکل،و اشتراکهما فی العامل.

## المطلب الثانی فیما تصح النیابه فیه و ما لا تصح:

### اشاره

قال فی التذکره:البحث الرابع فیما فیه التوکیل و النظر فی شرائطه، و هی ثلاثه

### الأول [فی اشتراط کون الموکل مالکا لما تعلق به الوکاله] :

أن یکون مملوکا للموکل،الثانی:أن یکون قابلا للنیابه،الثالث:أن یکون ما به التوکیل معلوما و لو إجمالا،انتهی.

و الکلام فی هذا المطلب یقع فی موارد:الأول:قال فی التذکره:یشترط فیما یتعلق الوکاله به أن یکون مملوکا للموکل،فلو و کل غیره بطلاق زوجه سینکحها أو بشراء عبد سیملکه،أو إعتاق رقبه یشتریه،أو قضاء دین یستدینه،أو تزویج امرأه إذا انقضت عدتها أو طلقها زوجها،و ما أشبه ذلک،لم یصح،لأن الموکل لا یتمکن من فعل ذلک بنفسه،فلا تنتظم فیه اقامه غیره،و هو أصح وجهی الشافعیه.

الثانی:انه صحیح،و یکتفی بحصول الملک عند التصرف،و أنه المقصود من التوکیل،و قال بعض الشافعیه:الخلاف عائد الی أن الاعتبار بحال التوکیل أم حال التصرف،انتهی.

أقول:ینبغی أن یعلم أن المراد بکون متعلق الوکاله مملوکا للموکل بمعنی کونه مما یمکن الموکل التصرف فیه،و مباشرته بنفسه عقلا و شرعا، و مثل هذه الأمور المعدوده لما لم یمکنه مباشرتها بشیء من الوجهین المذکورین انتفت الوکاله فیها،و أولی منها الأمور المستحیله عقلا أو شرعا،فلا یجوز التوکیل فی الغصب و السرقه و القتل و نحوه،و أحکامها انما تلزم المباشر لها، و هل یعتبر الإمکان المذکور من حین التوکیل الی حین التصرف،ظاهر جمع منهم ذلک علی ما نقله فی الکفایه،و هو ظاهر عباره التذکره المتقدمه.

و قال المحقق الثانی فی شرح القواعد علی ما نقله بعض الأفاضل فمن شرط صحه الوکاله أن یکون التصرف مملوکا للموکل فی وقت صدور عقد التوکیل و الظاهر أن ذلک متفق علیه عندنا،و للشافعیه خلاف فی ذلک.

أقول:و منه يعلم أن الاكتفاء بحصول الملك وقت التصرف مختص بالعامه كما تقدم نقله عن بعض الشافعيه،و قد تلخص من ذلك أنه متى كان شرط الوكاله ذلك امتنع التوكيل فى هذه الأفراد المعدوده،الا أنه قد أورد المحقق الأردبيلى هنا عليهم اشكالا،و هو انهم قد حكموا بجواز التوكيل للطلاق فى طهر المواقعه و فى حال الحيض،و انهم يجوزون التوكيل فى تزويج امرأه و طلاقها قبل التزويج و كذا فى شراء عبد و عتقه من غير نزاع،ثم نقل عن التذكره التصريح بذلك، ثم قال:و أيضا يجوزون الطلقات الثلاث مع رجعتين بينهما،و معلوم جواز عقد القراض،و هو مستلزم للبيوع المتعدده الوارده على المال مره بعد أخرى،و ليس بموجود حال العقد.

و بالجمله لا شك فى جواز التوكيل فى أمر لا يكون بالفعل للموكل فعله بل بعد فعل آخر كما مثلناه،و جميع ذلك مع قولهم بهذا الشرط مشكل،الى أن قال:فهذا الشرط غير متحقق اعتباره لى،سواء قلنا وقت التوكيل فقط،أو يستمر الى وقت الفعل انتهى.

أقول:من المحتمل قريبا حصول الفرق بين ما قدمنا ذكره عن التذكره من الأمثله التى يمتنع التوكيل فيها لعدم الشرط المذكور،و بين ما ذكره من الأمثله بأن يقال:بالفرق بين ما وقع فيه التوكيل مستقلا كالأمثله التى منعوا عن الصحه فيها،و بين ما وقع التوكيل فيه تبعا لما يجوز التوكيل فيه اتفاقا كالأمثله التى أوردها،فيبطل فى الأول،و يصح فى الثانى،و يشير الى ذلك، جمعه فى التذكره بين الكلام الذى اعترض به عليه،و بين ما قدمنا نقله عنه فى صدر المسئله فى موضع واحد،فإنه قال:على أثر ما قدمناه فى صدر المسئله ما صورته:

و لو وكله فى شراء عبد و عتقه أو فى تزويج امرأه و طلاقها،أو فى استدانه دين و قضاءه صح ذلك كله،لأن ذلك مملوك للموكل،انتهى.

و حينئذ فلو لم يكن الفرق حاصلا بما ذكرنا بل كان الجميع من باب

واحـد كما ذكره،لحصل التـدافع بين كلاميه،فكيف يصـرح فى محل واحـد فى بعض الأمثله بأنه لا يصـح التوكيل،لأنه لا يملك التصرف،و يقول فى نظيره أنه يصح،لأن ذلك مملوك للموكل.

و بالجمله فإن الفرق بين وقوع الشـىء أصاله و تبعا غير عزيز فى الأحكام، و قد تقدم فى الضـمائم الى ما لا يصـلح بيعه منفردا ما هو ظاهر فى ذلک،و منه أيضا عـدم جواز الوقف على من لم يوجـد أصاله،و صـحه الوقف عليه تبعا فلو وقف على من سـيولد له بطل اتفاقا،و على من ولد و من سيولد صح اتفاقا.

نعم يبقى الكلام فى الدليل الدال على هذا الشـرط،و لا أعلم لهم دليلا زياده على ما يفهم من الاتفاق الذى ادعاه المحقق الشيخ على،و فيه ما عرفت فى غير مقام مما تقدم فالمسئله غير خاليه من الاشكال،كما فى غيرها من مسائلهم الجاريه على هذا المنوال.

**الثانى [فى اشتراط كون الفعل الموكل فيه قابلا للنيابه] :**

قـد عرفت أن من الشـروط قبول الفعل الموكل فيه للنيابه،و الأصـحاب قـد جعلوا لـذلک ضابطا،فقالوا:ان كلما تعلق قصد الشارع بإيقـاعه من المكلف مباشـره فإنه لا يقبل التوكيل،و لا تصـح فيه النيابه،فكلما جعل ذريعه إلى غرض لا يختص بالمباشـره تصـح النيابه فيه.

قـال فى التـذكره،الضابـط فيمـا تصـح فيه النيـابه و ما لا يصـح أن نقول:كلما يتعلق غرض الشارع بإيقاعه من المكلف مباشـره لم تصـح فيه الوكاله،و أما مالا يتعلق غرض الشارع بحصوله من مكلف معين،بل غرضه حصوله مطلقا،فإنه تصح فيه الوكاله و ذلک لان التوكيل تفويض و انابه،فلا يصح فيما لا تدخله النيابه،انتهى.

و عـدوا من الأول الطهاره،و ان جازت النيابه فى غسل الأعضاء عنـد الضـروره، الا أن ذلک ليس وكاله،و الصـلاه الواجبه ما دام حيا،و كذا الصوم و الاعتكاف و الحج الواجب مع القدره،و الايمان و النذور و الغصب و القسم بين الزوجات لانه

یتضمن استمتاعا،و الظهار و اللعان و قضاء العده و الجنایه،و الالتقاط و الاحتطاب و الاحتشاش،و اقامه الشهاده إلا علی وجه الشهاده علی الشهاده.

و عدوا من الثانی البیع،و قبض الثمن،و الرهن و الصلح،و الحواله و الضمان و الشرکه و العاریه،و اختلفوا فی جمله من الأفراد کما سیأتی التنبیه علیها إنشاء الله تعالی.

أقول:لا یخفی ان الظاهر أن بناء هذا الضابط إنما هو علی التقریب فی جمله من هذه المعدودات،و الا فإنه لا نص علی هذا الضابط،و لا دلیل علیه من الأخبار.

أما العبادات فالتقریب فیها أنه لما کان المقصود منها الانقیاد و الخضوع و الخشوع لله سبحانه،و تهذیب النفس الأماره و تذلیلها کان مستلزما للمباشره، و فعل المکلف بنفسه لیترتب علیه الأغراض المذکوره،و لا ینافی ذلک الاستنابه فی غسل أعضاء الطهاره مع العجز فی الطهاره المائیه،أو الترابیه فإنه لا یسمی وکاله، و لذلک تجوز الاستنابه فیه،لمن لا یصح توکیله کالمجنون و الصغیر و النیه فی ذلک من المکلف إذ لا عجز فیها إلا مع زوال التکلیف بالکلیه،و أما تطهیر الثوب و البدن من النجاسه فلیس فی حد ذاته من العبادات،لیمتنع التوکیل فیه،و ان ألحق بها من حیث استحباب النیه،و لهذا یحکم فیه بالطهاره بحصول الغسل کیف اتفق و ان کان لا من قصد و لا نیه بالکلیه.

نعم قد استثنی من العبادات هنا مواضع:منها الصلاه الواجبه کرکعتی الطواف حیث تجوز الاستنابه فی الحج الواجب مع العذر،و منها الحج فی الصوره المذکوره،و منها الحج المندوب و رکعتا الطواف فیه،و الطواف المندوب حیث یناب فیه و صلاه الزیاده،و أما غیرها من النوافل و الصوم المندوب ففی جواز التوکیل فیه اشکال،و إطلاق جمع من الأصحاب المنع من الاستنابه فی العبادات یشملهما،و ان قید الإطلاق فی غیرهما لقیام الدلیل علیه،و یبقی ما عداه علی

المنع،و منها عتق العبد عن كفاره وجبت عليه،و منها أداء الزكاه الواجبه و الخمس فإنه يجوز التوكيل فيها بغير اشكال،و كذا الزكوات المستحبه.

و أما الالتقاط و الاحتطاب و الاحتشاش فالكلام فيها مبنى على ما تقدم تحقيقه فى الشركه فى المسئله الثانيه من الفصل الثالث اللواحق من الكتاب المذكور،و من ذلك يعلم أن هذه الأشياء مما قد اختلف فيه كلامهم.

و هنا مواضع قد وقع الخلاف فى جواز التوكيل فيها،منها الإقرار بأن يقول و كلتك لتقرعنى لفلان بكذا و كذا،فذهب الشيخ الى جواز التوكيل فيه،و هو أحد قولى الشافعيه،لأنه قول يلزم به الحق فأشبه الشراء و سائر التصرفات.و تردد فى التذكره،و من ذهب الى المنع علله بأن الإقرار إخبار بحق عليه،و لا يلزم الغير إلا على وجه الشهاده،و لا يليق التوكيل بالإنشاءات.

و منها أيضا التوكيل فى إثبات الحدود التى هى حق الله سبحانه،و أما ما يتعلق بالآدميين فقد جوزوا الوكاله فيه،و وجه المنع من التوكيل فيها أنه مبنيه على التخفيف،و

لقوله(صلى الله عليه و آله و سلم) (۱)

«ادرأوا الحدود بالشبهات».

و التوكيل يؤدى الى إثباتها،و القول بذلك مذهب الفاضلين،فى غير التذكره، و أما فى التذكره فإنه قال:و يجوز التوكيل فى إثبات حدود الله سبحانه،و به قال بعض العامه،ثم نقل خبرا من أخبار العامه يدل على أنه(صلى الله عليه و آله و سلم)و كل فى إثبات الحد و استيفائه،ثم قال:و لأن الحاكم إذا استناب نائبا فى عمل فإنه يدخل فى تلك النيابه الحدود و إثباتها فإذا دخلت فى التوكيل بالعموم فبالتخصيص أولى،ثم نقل عن الشافعى المنع من التوكيل فى إثباتها، محتجا بما تقدم ثم رده بأن للوكيل أن يدرء بالشبهه،و إلى هذا القول قال فى المسالك محتجا بما ذكره العلامه هنا،و أجاب عن دليل المانع بما أجاب به هنا أيضا.



---

۱- ۱) الفقيه ج ۴ ص ۵۳ ح ۱۲،الوسائل ج ۱۸ ص ۳۳۶ ح ۴.

و منها الجهاد قال فی المبسوط:و أما الجهاد فلا تصح النيابه فيه على حال، لأن كل من حضر الصف توجه فرض القتال اليه،وكيلا كان أو موكلا،و قد روى أنه تدخله النيابه،قال فی المختلف بعد نقل ذلک عنه:و المعتمد دخول النيابه فيه،و لذا يصح الاستيجار عليه،و هذا اختيار ابن البراج،انتهى.

أقول:ما نقله الشيخ من وجود الروايه بالنيابه لا تحضرنی الآن،فان ثبت فلا معدل عن القول بها،و به يزول الاشكال،و يضعف ما ذهب اليه،و ما استدل به العلامه قوی أيضا ان ثبت صحه الاستيجار عليه،كما ادعاه.

و منها وكاله الرجل لزوجته فی طلاق نفسها منه،قال فی المبسوط:

و أما المراءه فإنها تتوكل لزوجها فی طلاق نفسها عند الفقهاء و فيه خلاف بين أصحابنا،و الأظهر أنه لا يصلح،و تبعه ابن إدريس قال فی المختلف:و الوجه عندی الجواز،لنا أنه فعل تدخله النيابه صدر من أهله فی محله،فكان واقعا،عملا بالأصل،و لا يخفى أن ما استدل به،لا يخرج عن المصادره،و أنه عين المدعى، و اما التمسک بأصاله الصحه فهو أيضا لا يخلو من الاشكال.

و منها توكيل الكافر فی تزويج المسلمه،منع عنه فی المبسوط،و جوزه ابن إدريس،و اختار فی المختلف ما ذهب اليه الشيخ،و استدل عليه بأنه نوع سلطنه،و ثبوت ولايه و سبيل على المسلم،فلا يصح لقوله تعالى (1)«وَ لَنْ يَجْعَلَ اللّٰهُ لِلْكٰافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلاً» .

أقول:لا يخفى ما فی هذا الاستدلال من الوهن،ثم قال:احتج بالأصل و الجواب المنع من التمسک به مع قيام منافيه.

و منها من وكل غيره فی طلاق زوجته و هو حاضر،فذهب الشيخ و جماعه منهم ابن البراج و أبو الصلاح الى عدم جواز ذلک،و ذهب ابن إدريس و من تأخر عنه الى الجواز،و سيأتی تحقيق المسئله فی محلها ان شاء الله تعالى.

ص :39

---

1- 1) سوره النساء-الايه 141.

و منها أن يتوكل المسلم للذمى على المسلم،و ظاهر الخلاف المنع منه، و كذا فى النهايه،و هو ظاهر الشيخ المفيد أيضا،و منع أبو الصلاح من ذلك، و صرح ابن إدريس و العلامه فى المختلف بالجواز،قال فى المختلف:لنا الأصل الدال على الجواز السالم عن المعارضه بإثبات السبيل للكافر على المسلم.

و منها توكيل الحاضر فى الخصومه من غير أن يلزمه الحضور،رضى خصمه بذلك أم لا،و المشهور الجواز،و ذهب ابن الجنيد إلى أنه مع حضوره لا يجوز إلا أن يرضى الخصم بمخاصمه وكيل خصمه.

و منها أيضا قبض الزكاه و الخمس،فهل يجوز للفقير و السيد التوكيل فى قبض ذلك له ممن عليه ذلك،قولان:الجواز و هو قول المبسوط،و المختلف و التذكره،و المنع و هو قول ابن إدريس،و ابن البراج،إما إخراجهما فلا خلاف نصا و فتوى فى ذلك.

قال ابن إدريس:قال بعض أصحابنا يجوز من أهل السهمين التوكيل فى قبضها،و قال ابن البراج:لا يجوز،و هو الذى يقوى فى نفسى،لأنه لا دلاله عليه،فمن ادعى ذلك فقد أثبت حكما شرعيا يحتاج فى إثباته إلى دليل شرعى و لا دلاله،و أيضا فالذمه مرتهنه بالزكاه،و لا خلاف بين الأمه ان دفعها الى مستحقها يبرء الذمه بيقين،و ليس كذلك إذا سلمه الى الوكيل،لأن الوكيل ليس هو من الأصناف الثمانيه بغير خلاف،لأن الزكاه و الخمس لا يستحقهما واحد بعينه،و لا يملكهما إلا بعد قبضه لهما،فتعين له ملكهما،و الوكيل لا يستحق إلا ما تعين ملكه للموكل،و استحق المطالبه به،و كل واحد من أهل الزكاه و الخمس لا يستحق المطالبه بالمال،لأن الإنسان مخير فى وضعه فيه،أو فى غيره،فلا يجبر على تسليمه اليه،انتهى.

و استدل فى المختلف على ما ذهب اليه من الجواز،فقال لنا:أنه عمل مباح يقبل النيابه،فصحت الوكاله فيه،أما إباحته فلا شك فيه،و أما قبوله

النيابه فظاهر،و لهـذا وضع الشارع نصـيبا للعامل،و لا خلاف أنه يجب دفع الزكاه الى الامام و العامل،و يبرأ ذمه الـدافع،و ان تلف لأنهما كالوكيلين لأهل السهمين،و أى استبعاد فى أن يقول الفقير:و كلتك فى قبض ما يدفعه المالك الى عن زكاته،و لا يستلزم ذلك استحقان المطالبه،بل إذا اختار المالك الدفع الى ذلك الفقير جاز الدفع الى وكيله،انتهى.

أقول:و المسـئله لا يخلو عن شوب الاشـكال،و ان كان قول ابن إدريس هو الأقرب الى جاده الاعتدال،أما ما ذكره العلامه من أنه عمل مباح يقبل النيابه، فإنه مصادره ظاهره،لأن هذا هو عين المدعى،إذ الخصم ينكر ذلك.

و ما ذكره من الـدفع الى الامام بيـده أو يـد عامله،ففيه أنه ليس كون الامام هنا وكيلا عن المسـتحقين بأولى من كونه وكيلا عن المالك،و يكون نائبا منابه فى تفريقه على المستحقين،و لهذا ان بعض الأصحاب صرح بكونه وكيلا عن المالك.

و كيف كـان فهو مسـتثنى بالنصوص الـداله على ذلك،حتى قيل:بوجوب الـدفع اليه،و ان كان المشـهور الاسـتحباب و نائبه عليه السلام فى معناه.

و إنما يبقى الكلام فيما عداه،و مما يتفرع على ذلك أنه لو تلف المال فى يد الوكيل بتفريط أو غير تفريط فمقتضى كلام القائل بالجواز براءه ذمه المالك، و هو مشـكل،لأنه مأخوذ عليه بظواهر النصوص فى براءه ذمه الدافع الى المسـتحق، و المتبادر منه كما هو الشائع المتعارف هو الـدفع اليه بيـده،و الحال أنه لم يـدفع اليه بيـده،و كون الـدفع الى وكيله دفعا اليه،يتوقف على قيام الدليل على صحه الوكاله فى هذه المسئله.

و ممـا يتفرع على ذلـك أيضـا أنه لو تصـرف الوكيل فى المال المـدفوع اليه صـح ذلك و مضـى،لأن المسـتحق الـذى و كله لا يستحق المطالبه به،لأنه لا يصير ملكا له الا بعد قبضه،فلا يستحق المطالبه به،و الدافع قد برئت ذمته كما هو المفروض

على هذا القول،و هذا عين السفسطه،و دعوى كون قبض الوكيل فى حكم قبض الموكل،يتوقف على صحه التوكيل بالدليل فى الصوره المذكوره،و يمكن أن يستدل لما ذكره العلامه بعموم أدله الوكاله،و ليس هنا ما يصلح للمنع الا عدم تعيين الدفع الى ذلك الموكل،و جواز العدول عنه الى غيره،و هذا لا يصلح للمانعيه،إذ يكفى بناء على تسليمه أن يكون ذلك حقا له فى الجمله،و هو هنا كذلك،و يمكن أن يؤيد ذلك بما صرحوا به من جواز الدفع إلى أطفال المؤمنين، و أنه يدفع إلى وليهم ان كان،أو عدل يقوم بإنفاقه عليهم،و بالجمله فإن المسئله لعدم الدليل الواضح باقيه فى قالب الاشكال،و الله سبحانه العالم.

**الثالث [فى اعتبار العلم بما فيه التوكيل و حد تصرف الإنسان فى ماله] :**

قد عرفت أن من جمله الشروط العلم بما فيه التوكيل،و لو إجمالا قال فى التذكره:لا يشترط فى متعلق الوكاله و هو ما وكل فيه أن يكون معلوما من كل وجه،فإن الوكاله إنما جوزت لعموم الحاجه،و ذلك يقتضى المسامحه فيها،و لكن يجب أن يكون مبينا من بعض الوجوه،حتى لا يعظم الغرر، و لا فرق فى ذلك بين الوكاله العامه و الخاصه،فأما الوكاله العامه بأن يقول و كلتك فى كل قليل و كثير،فان لم يضف إلى نفسه فالأقوى البطلان،لأنه لفظ مبهم بالغايه،و لو ذكر الإضافه إلى نفسه-و قال:و كلتك فى كل أمر هو لى أو فى كل أموري أو فى كل ما يتعلق بى،أو فى جميع حقوقى،أو فى كل قليل و كثير من أموري،أو فوضت إليك جميع الأشياء التى تتعلق بى،أو أنت وكيل مطلقا تصرف فى مالى كيف شئت،أو فصل الأمور المتعلقه به التى تجرى فيها النيابه،و فصلها فقال:و كلتك ببيع أملاكى و تطليق زوجاتى و إعتاق عبيدى أو لم يفصل على ما تقدم أو قال:و كلتك فى كل أمر هو لى مما يناب فيه،و لم يفصل أجناس التصرفات أو قال:أقمتك مقام نفسى فى كل شيء-فالوجه عندى الصحه فى الجميع،و به قال ابن أبى ليلى،و قال الشيخ:لا تصح الوكاله العامه، و هو قول العامه،إلا ابن أبى ليلى لما فيه من الغرر العظيم،و الخطر الكثير،لأنه

يلزمه فيه هبه ماله،و تطليق نسائه،و إعتاق رقيقه،و أن يزوجه نساء كثيره، و تلزمه المهور الكثيره،و الأثمان العظيمه فيلزم الغرر العظيم.

و الجواب أنا نضبط جواز تصرف الوكيل بالمصلحه،و كلما لا مصلحه فيه لم ينفذ تصرف الوكيل،كما لو وكله فى بيع شىء و أطلق،فإنه لا يبيع الا نقدا بثمن المثل من نقد البلد،فكذا فى الوكاله العامه،انتهى.

أقول:ما نقل عن الشيخ هنا هو مذهبه فى الخلاف،و أما فى النهايه فإنه قد وافق الأصحاب،و القول بالصحه منقول أيضا عن الشيخ المفيد،و سلار،و ابن البراج،و ابن إدريس،و هو المشهور بين المتأخرين،الا أن ظاهر الشرائع الميل إلى ما ذكره فى الخلاف،حيث قال:و لو وكل على كل قليل و كثير لا يصح لما يتطرق من الضرر،و قيل:يجوز،و يندفع الخبال باعتبار المصلحه،و هو بعيد عن موضع الفرض،نعم لو و كل على ما يملك صح،لأنه يناط بالمصلحه.

قال فى المسالك:و الجواز مذهب الأكثر،لاندفاع الغرر و الضرر بمراعاه المصلحه فى فعل الوكيل مطلقا،و المصنف رد هذا القيد بأنه بعيد عن موضع الفرض،فان الفرض كونه وكيلا فى كل شىء فيدخل فيه عتق عبيده،و تطليق نسائه،و هبه أملاكه،و نحو ذلك مما يوجب الضرر،و التقييد خروج عن الكليه.

و جوابه أن القيد معتبر و ان لم يصرح بهذا العموم،حتى لو خصص بفرد واحد تقيد بالمصلحه،فكيف بمثل هذا العام المنتشر،و فرق المصنف بين هذا العام و بين ما خصصه بوجه،كقوله و كلتك على ما أملك و نحوه،لاندفاع.

معظم الغرر،نظرا إلى أن رعايه المصلحه فى الأمور المنتشره أمر خفى جدا، فإذا خصص متعلقها سهلت،و هو غير واضح،لأن رعايه المصلحه تضبط الأمرين، و انتشار الأمور لا يمنع من ذلك،فان مرجع المصلحه إلى نظر الوكيل،فما علم فيه المصلحه يفعله،و ما اشتبه عليه يمتنع فعله،و لأنه لو فصل ذلك العام المنتشر فقال:و كلتك فى عتق عبيدى،و تطليق زوجاتى و بيع أملاكى صح،

لأن كل واحد منضبط برعايه المصلحه على ما اعترفوا به،و ذلك مشترك بين الأمرين،فالأقوى الجواز مطلقا،انتهى.

أقول:لا يخفى أن العموم المستفاد من هـذه الأمثله التى ذكرها فى التـذكره مما ينافى اعتبار المصـلحه،كما أن تقييد هذا العموم مناف أيضا،فإن ظاهر هذا العموم أن للوكيل إخراجه من جميع ما يملكه من أموال عينيه و حقوق شـرعيه و إثبات ما عليه ربما لا يمكنه الخروج عن عهدته،و جميع ذلك خلاف المصـلحه عرفا و عاده،كما أنه لو فصل كان كذلك،فكلام المحقق لا يخلو عن قرب،الا أن يقال:

انه قد رضى بذلك،فهو فى حكم ما لو فعل ذلك بنفسه،

«و الناس مسلطون على أموالهم». فيصح بناء على ذلك،و لا ثمره هنا للتقييد بالمصـلحه،لأنه من الظاهر المعلوم عدم المصلحه،لو فعل ذلك تفصيلا،مع قولهم بالجواز،فكذا فى صوره الإجمال الذى هو بمعناه.

و بـالجمله فالأـمر دائر بين احتمـال عـدم الصـحه من لزوم الضـرر،و بين احتمـال الصـحه بنـاء على رضاه بـذلك،لمعلوميه ذلك عنده،كما أنه لو فعله بنفسه كان كذلك،و أما التقييد بالمصلحه و عدمها فلا مدخل له هنا.

نعم لقائـل أن يقول:ان مـا ادعيتموه من أن للإنسـان أن يفعـل بنفسه و مـاله مـا شاء ممنوع،فإنه متى تجاوز فى التصـرف إلى حد يوجب الإسراف و إدخال الضرر على نفسه،كان ممنوعا بالآيات و الروايات الداله على تحريم الإسراف،و وجوب دفع الضرر عن النفس و المال (1)،و حينئذ فيرجع الأمر إلى اعتبار المصـلحه فى تصرفه بنفسه أو وكيله،و على هذا فيمكن القول ببطلان الوكاله فى صوره العموم على وجه المذكور،لإدخاله الضـرر على نفسه،لأن مقتضـى هذا العموم الضـرر كما عرفت،كما أنه لو فصل هذا العموم كان ضررا بينا،فتبطل الوكاله فى الموضعين، و يمكن أن يقال:بالصحه نظرا إلى أنه و ان كان مقتضى العموم ذلك،الا أن تقييد تصرف الوكيل بالمصلحه يزيل ذلك.



---

۱- ۱) الكافى ج ۴ ص ۵۲ عده روايات باب فضل القصد،الوسائل ج ۱۵ ص ۲۶۱ ب ۲۷.

و مما یمکن أن یستدل به علی جواز تصرف الإنسان فی ماله کیف شاء و ان أوجب الضرر

صحیحه محمد بن یحیی الخثعمی (۱)قال:

«کنا عند أبی عبد الله علیه السلام جماعه إذ دخل علیه رجل من موالی أبی جعفر علیه السلام فسلم علیه ثم جلس و بکی،ثم قال له:جعلت فداک إنی کنت أعطیت الله تعالی عهدا ان عافانی الله من شیء کنت أخافه علی نفسی أن أتصدق بجمیع ما أملک و ان الله تعالی عافانی منه،و قد حولت عیالی من منزلی إلی قبه من خراب الأنصار و قد حملت کل ما أملک،فأنا بائع داری و جمیع ما أملک فأتصدق به؟فقال:أبو عبد الله علیه السلام انطلق و قوم منزلک و جمیع متاعک و ما تملک بقیمه عادله و اعرف ذلک ثم اعمد إلی صحیفه بیضاء فاکتب فیها جمله ما قومت ثم انظر الی أوثق الناس فی نفسک فادفع إلیه الصحیفه و أوصیه و مره ان حدث بک حدث الموت أن یبیع منزلک و جمیع ما تملک فیتصدق به عنک،ثم ارجع الی منزلک و قم فی مالک علی ما کنت فیه فکل أنت و عیالک مثل ما کنت تأکل ثم انظر بکل شیء تصدق به فیما تستقبل من صدقه أو صله قرابه أو فی وجوه البر فاکتب ذلک کله و أحصه،فإذا کان رأس السنه فانطلق الی الرجل الذی أوصیت إلیه فمره أن یخرج إلیک الصحیفه،ثم اکتب فیها جمله ما تصدقت و أخرجت من صله قرابه أو بر فی تلک السنه،ثم افعل ذلک فی کل سنه،حتی تفی لله بجمیع ما نذرت فیه و یبقی لک منزلک ان شاء الله تعالی قال:فقال الرجل:فرجت عنی یا بن رسول الله جعلنی الله فداک».

و فیه أنه قد استفاضت الأخبار المعصومیه و عضدتها الآیات القرانیه بتحریم الإسراف.

کقول أبی عبد الله علیه السلام فی روایه حماد اللحام (۲)المرویه فی الکافی و تفسیر العیاشی

لو أن رجلا أنفق ما فی یدیه فی سبیل من سبیل الله ما کان أحسن و لا وفق أ لیس الله تبارک و تعالی یقول «وَ لاٰ تُلْقُوا بِأَیْدِیکُمْ إِلَی التَّهْلُکَهِ» و أحسنوا



---

۱- ۱) الکافی ج ۷ ص ۴۵۸ ح ۲۳،الوسائل ج ۱۶ ص ۲۳۶ ح ۱.

۲- ۲) الکافی ج ۴ ص ۵۳ ح ۷،الوسائل ج ۱۵ ص ۲۵۸ ح ۷.

ان الله یحب المحسنین»یعنی المقتصدین.

و فی روایه هشام ابن المثنی (۱)عن أبی عبد الله علیه السلام الوارده فی تفسیر قوله تعالی

«وَ آتُوا حَقَّهُ یَوْمَ حَصٰادِهِ وَ لاٰ تُسْرِفُوا إِنَّهُ لاٰ یُحِبُّ الْمُسْرِفِینَ» ،فقال:کان فلان بن فلان الأنصاری سماه و کان له حرث،فکان إذا أخذ یتصدق به یبقی هو و عیاله بغیر شیء،فجعل الله تعالی ذلک سرفا».

و فی صحیحه الولید بن صبیح (۲)قال:

«کنت عند أبی عبد الله علیه السلام فجاءه سائل فأعطاه ثم جاء آخر فأعطاه،ثم جاء آخر فقال یسع الله تعالی علیک ثم قال:

لو أن رجلا کان له مال یبلغ ثلاثین أو أربعین ألف درهم ثم شاء أن لا یبقی منها إلا وضعها فی حق لفعل فیبقی لا مال له،فیکون من الثلاثه الذین یرد دعاؤهم قلت من هم؟قال:أحدهم رجل کان له مال فأنفقه فی غیر وجهه،ثم قال:یا رب ارزقنی فیقال له:«أ لم أرزقک».

و من ذلک خبر الصوفیه (۳)المروی فی الکافی الی غیر ذلک من الأخبار الصریحه فی تحریم ذلک و من المقرر أن صحه نذر شیء فرع مشروعیته،فلو لم یکن مشروعا لم ینعقد نذره،و منه یعلم أن الروایه المذکوره وارده علی خلاف القواعد الشرعیه،بل ربما یقال:أن دلاله هذه الروایه علی ما ندعیه من بطلان النذر أقرب،لأنه لو کان النذر صحیحا لأمره علیه السلام بالتصدق بأمواله حسبما نذره لأنه هو الواجب بالنذر،و لما جاز نقلها إلی الذمه بالقیمه ثم التصدق بها تدریجا علی وجه یندفع به الضرر الموجب لبطلان النذر لو لم یکن کذلک،و لهذا ان الأصحاب قصروا العمل بالروایه علی موردها لمخالفتها لمقتضی القواعد الشرعیه کما عرفت و الله سبحانه العالم.



---

۱- ۱) الکافی ج ۴ ص ۵۵ ح ۵،الوسائل ج ۶ ص ۳۲۳ ح ۳.
۲- ۲) الفقیه ج ۲ ص ۳۹ ح ۲۰ الکافی ج ۴ ص ۱۶ ح ۱ و فیه أ لم أجعل لک سبیلا الی طلب الرزق.
۳- ۳) الکافی ج ۵ ص ۶۵ ح ۱. و هما فی الوسائل ج ۶ ص ۳۲۲ ح ۱ و ص ۳۰۲ ح ۸.

## المطلب الثالث فی الموکل:

### اشاره

و فیه مسائل

### الاولی [فی اشتراط التکلیف فی الموکل و عدم الحجر علیه] :

یشترط فیه التکلیف بالبلوغ و العقل و عدم الحجر علیه بالنسبه الی ما حجر علیه التصرف فیه،و جمله من الأصحاب انما عبروا هنا بأنه یشترط أن یملک مباشره ذلک التصرف بملک أو ولایه.

قال فی التذکره:یشترط فی الموکل أن یملک مباشره ذلک التصرف، و یتمکن من المباشره لما و کل فیه،اما بحق الملک لنفسه،و بحق الولایه عن غیره،فلا یصح للصبی-و لا المجنون و لا النائم،و لا المغمی علیه و لا الساهی و لا الغافل -أن یوکلوا،سواء کان الصبی ممیزا أم لا،و سواء کانت الوکاله فی المعروف أم لا،و علی الروایه المقتضیه لجواز تصرف الممیز أو من بلغ خمسه أشبار فی المعروف و وصیته فی المعروف ینبغی القول بجواز توکیله،و کذا کل من یعتوره الجنون حال جنونه،و لو وکل حال إفاقته صحت الوکاله،لکن لو طرء الجنون بطلت الوکاله،انتهی.

أقول:لا ریب أنه وردت الروایات الکثیره (1)الظاهره فی جواز تصرف الصبی الممیز بالعتق و الوصیه و الصدقه بالمعروف من غیر معارض،و بها قال جمله من الأصحاب،و بذلک تثبت له جواز التوکیل،و ان کان خلاف المشهور بینهم لإعراض أکثرهم من العمل بتلک الروایات،و لهذا أحال ذلک هنا علی تقدیر ثبوت الروایه،و من ثم أیضا قال فی المسالک بعد ذکر عباره المصنف المرادفه لهذه العباره و الأقوی المنع.

و أما ما ذکره من بطلان وکاله المجنون لو وکل حال الإفاقه،و طرء الجنون،و مثله لو طرء الإغماء و الحجر عما وکل فیه،فالظاهر أن دلیله أنه لا یصح التصرف من نفسه،لو کان کذلک فمن وکیله بطریق أولی،و قد مر أن من



---

1- 1) الوسائل ج 13 ص 321 الباب 15 من أبواب أحکام الوقوف و الصدقات.

شرائط صحه التوكيل تملكه فعل ما وكل فيه،و لا شك أنه ليس بما لك له فى تلك الأحوال.

و فيه أنه ان أريد بطلان الوكاله بطرو هذه الأمور و استمرارها بحيث لا تحصل له الإفاقه من الجنون و لا من الإغماء و لا دفع الحجر فهو جيد،و ان أريد البطلان و لو مع زوال تلك الأمور كما هو الظاهر من كلامهم،فإنه يمكن تطرق المناقشه إليه،بأنه من الجائز أن اشتراط تملك الموكل لما وكل فيه انما هو باعتبار الابتداء،بمعنى أنه لا يجوز له التوكيل الا فيما يملك التصرف فيه،كما تقدم ذكره،لا باعتبار الاستدامه،فلو حصلت الوكاله فى حال كونه مالكا للتصرف بحيث يصح وقوع ذلك الفعل منه،فالوكاله صحيحه اتفاقا،و بطلانها بمجرد عروض أحد هذه الأشياء يحتاج الى دليل،و لا دليل على شرطيه هذا الشرط فى الاستدامه،و لانتقاض ذلك بالنائم مع الاتفاق على عدم البطلان بالنوم،و لعل دليلهم إنما هو الإجماع،الا أنه لم يدعه أحد منهم فيما أعلم.

و بالجمله فإن أصاله صحه الوكاله ثابته،و البطلان يحتاج الى دليل،و الدليل الذى أوردوه قاصر،كما عرفت.

و الظاهر أن المراد بمن له حق الولايه هو الأب و الجد و الوصى و الحاكم الشرعى،أما الأب و الجد فظاهر،و أما الوصى إذا كان وصيا على الأطفال فإن له ولايه كولايه الأبوين،و كذلك الوصى فى إخراج الحقوق اليه ذلك،فان معنى وصيته اليه بذلك جعله كنفسه.

قال فى التذكره:للوصى أن يوكل،و ان لم يفوض إليه الموصى،ذلك بالنصوصيه،لأنه يتصرف بالولايه كالأب و الجد،لكن لو منعه الموصى من التوكيل وجب أن يتولى بنفسه،و ليس له أن يوكل حينئذ لقوله تعالى (1)«فَمَنْ بَدَّلَهُ بَعْدَ مٰا سَمِعَهُ» الآيه و يجوز للحاكم أن يوكل عن السفهاء و المجانين

ص: ۴۸

---

۱- ۱) سوره البقره-الايه ۱۸۱.

و الصبيان من يتولى الحكومه عنهم،و يستوفى حقوقهم،و يبيع عنهم،و يشترى لهم،و لا نعلم فيه خلافا،انتهى.

و أما العبد على القول بملكه فإنه ليس له التوكيل على الأشهر الأظهر إلا بإذن الموصى،لأنه و ان ملك الا أنه محجور عليه،كما تقدم تحقيقه فى كتاب البيع و فى كتاب الحجر.

نعم استثنى من ذلك الطلاق،فإنه بيد من أخذ بالساق،فله التوكيل فيه و لو أحلنا ملكه كما هو أحد القولين،فوقوع التوكيل منه إنما يكون فى حق مولاه، فيتوقف على الاذن،لأنه لا يجوز له التصرف مباشره بدون الاذن،و لا يملك التصرف.

و قد عرفت أن التوكيل فى أمر فرع صحه تملك التصرف فيه،و مثله سائر أفراد المحجور عليهم،فإنه يجوز لهم التوكيل،فيما لا يتعلق به الحجر،قال فى التذكره:و للمحجور عليه بالفلس أو السفه أو الرق أن يوكلوا فيما لهم الاستقلال حيث شاؤا من التصرفات،فيصح من العبد أن يوكل فيما يملكه من دون إذن سيده،كالطلاق و الخلع،و طلب القصاص،و المفلس له التوكيل فى الطلاق و الخلع و طلب القصاص،و المعامله بغير عين المال،و التصرف فى نفسه،فإنه يملك ذلك، و أما ماله فلا يملك التصرف فيه،و أما مالا يستقل أحدهم بالتصرف فيه فيجوز فيه مع إذن الولى و المولى،انتهى.

و ما يشعر به كلامه من جواز توكيل السفيه مع إذن المولى قد تأمل فيه بعض المحققين،قال:فإنه بمنزله المجنون و الصبى،و قد منع منهما و ما اعتبر بإيقاعه بحضور الولى أيضا و برضاه لعدم الاعتداد بعبارته.

أقول:قد مر فى كتاب الحجر نقل الخلاف فيما لو أذن الولى للسفيه فى البيع فقيل:بالمنع و هو مذهب المبسوط و ابن البراج،و قيل:بالصحه،و نقله العلامه فى المختلف عن بعض علمائنا و اختار،فينبغى أن يكون الكلام هنا كذلك،

الا أن الأقرب هو الصحه فی الموضعین،و الفرق بینه و بین الصبی و المجنون ظاهر، فان عبارتیهما مسلوبه الصحه،لعدم التکلیف الذی هو مناط ذلک بخلاف السفیه.

فان الحجر علیه إنما هو من حیث خوف الإفساد و التبذیر،و عدم الإصلاح فی تصرفاته،و هذا مأمون بالإذن له فلا مانع حینئذ من الصحه،و لو و کله إنسان فی شراء نفسه من مولاه فالمشهور الصحه،قالوا:و المراد وکالته باذن مولاه لتوقف تصرفاته علی الاذن منه،الا ما استثنی و الظاهر أنه یکفی فی الاذن المذکور إیجاب السید للبیع مخاطبا به العبد،و ان کان ظاهر کلام جمله منهم الاذن الخاص فی ذلک،و ربما قیل:بالمنع لاشتراط مغایره المشتری للمبیع،و المشتری و المبیع هنا واحد،و هو العبد،و رد بأن المغایره الاعتباریه کافیه،و ربما قیل.

بلزوم کون السید موجبا قابلا.

و فیه أیضا ما تقدم،قال فی المبسوط:إذا وکل رجل عبدا فی شراء نفسه من سیده قیل:فیه وجهان:أحدهما یصح،کما لو و کله فی شراء عبد آخر باذن سیده،و الثانی لا یصح،لأن ید العبد کید السید و إیجابه و قبوله بإذنه بمنزله إیجاب سیده و قبوله،فإذا کان کذلک و أوجب له سیده و قبله کان السید هو الموجب القابل للبیع،و ذلک لا یصح،فکذلک هیهنا،ثم قال:و الأول أقوی.

و قال ابن البراج:الأقوی عندی أنه لا یصح الا أن یأذن له سیده فی ذلک، فان لم یأذن له فیه لم یصح،قال فی المختلف بعد نقل القولین المذکورین:

و الحق ما قویه الشیخ،لأن بیع مولاه رضا منه بالتوکیل،انتهی.

أقول:و من کلامه یفهم أن من أطلق من الأصحاب کالشیخ و المحقق و العلامه فإن مرادهم الاکتفاء بالإیجاب،و ما یدل علیه من الرضا بذلک عن الاذن الصریح،و ظاهر کلام ابن البراج تقدم الإذن أولا قبل العقد،و هو ظاهر شراح کلام المحقق و العلامه،و الحق ما ذکره فی المختلف،و الله سبحانه العالم.

## الثانیه [حکم توکیل الوکیل] :

### اشاره

قالوا:لیس للوکیل أن یوکل إلا بإذن من الموکل،لأن الوکیل

لا یملک مباشره ما وکل فیه بنفسه قبل الوکاله،و من شرط صحه التوکیل تملک الموکل للتصرف بنفسه و لا ولایه له،فلا بد من الاذن حینئذ،الا أن یدل اللفظ بإطلاقه أو عمومه علی ذلک،کقوله اصنع ما شئت،و نحوه من الأمثله المتقدمه فی کلامه فی التذکره،و ان لم یحصل ذلک صریحا و لا ضمنا،لکن دلت القرائن علی ترفع الوکیل عن مثل ذلک الفعل لشرفه و علو منزلته،و عدم لیاقه مباشره ذلک الفعل به أو عجزه عنه فکذلک أیضا،لکن یجب علم الموکل بذلک.

### تنبیهات:

### الأول [أقسام التوکیل] :

### اشاره

قال فی التذکره:التوکیل علی ثلاثه أقسام

#### الأول:أن یوکل الموکل وکیله فی التوکیل

،فیجوز أن یوکل إجماعا،و الثانی:أن ینهاه عن التوکیل،فلیس له أن یوکل،الثالث:أطلق الوکاله،و أقسامه ثلاثه:أحدها أن یکون العمل مما یرتفع الوکیل عن مثله،کالأعمال الدنیه فی حق أشراف الناس المرتفعین عن مثلها فی العاده،کما لو وکله فی البیع و الشراء،و الوکیل أمین لا یتبدل بالتصرف فی الأسواق،أو یعجز عن عمله لکونه لا یحسنه،فله التوکیل فیه،لأن تفویض مثل هذا التصرف إلی مثل هذا الشخص لا یقصد منه إلا الاستنابه،و هو قول علمائنا أجمع و أکثر الشافعیه.

#### الثانی:أن یکون العمل مما لا یرتفع الوکیل عن مثله

الا أنه عمل کثیر منتشر لا یقدر الوکیل علی فعل جمیعه،فیباشره بنفسه،و لا یمکنه الإتیان بالکل، فعندنا یجوز له التوکیل،و لا نعلم فیه مخالفا،و له أن یوکل فیما یزید علی قدر الإمکان قطعا،و فی قدر الإمکان اشکال أقربه ذلک،لأن الوکاله اقتضت جواز التوکیل فیه،فجازت فی جمیعه کما لو أذن له فی التوکیل فیه بلفظ،و للشافعیه ثلاث طرق ،ثم ساق الکلام الی أن قال

#### الثالث ما عدا هذین القسمین

،و هو ما أمکنه فعله بنفسه،و لا یرتفع عنه،و قد قلنا أنه لا یجوز له أن یوکل فیه الا بإذن الموکل،إلی أن قال:إذا و کله بتصرف و قال:افعل ما شئت لم یقتض ذلک

الاذن فى التوكيل،لأن التوكيل يقتضى تصرفا يتولاه بنفسه،و قوله اصنع ما شئت لا يقتضى التوكيل،بل يرجع إلى ما يقتضيه التوكيل من تصرفه بنفسه، و هو أصح قولى الشافعيه،و الثانى أن له التوكيل و به قال أحمد،و اختاره الشيخ فى الخلاف،لأنه أطلق الإذن بلفظ يقتضى العموم فى جميع ما شاء فيدخل فى عمومه التوكيل و هو ممنوع،انتهى.

أقول:و النصوص هنا غير موجوده،الا أن ما ذكره جيد بناء على الجرى على مقتضى تعليلاتهم فى أمثال هذه المقامات،الا فيما ذكره من قوله و فى قدر الإمكان اشكال أقربه ذلك،فان الظاهر أن ما قربه بعيد،قوله«لأن الوكاله اقتضت جواز التوكيل فيه»إلى آخره ممنوع،بل إنما اقتضت جواز التوكيل فيما يعجز عنه من حيث العجز،لاعترافه أخيرا بأن التوكيل يقتضى تصرفا يتولاه بنفسه،و هو هنا بالنسبه إلى محل الاشكال عنده ممكن،لأن المفروض أنه ممكن لا يتعلق به عجز،فلا يجوز التوكيل فيه،بل يجب عليه مباشرته بنفسه،كما هو مقتضى الوكاله باعترافه.

و الى ما أشرنا أشار فى المسالك أيضا،فقال بعد ذكر جواز التوكيل فيما يرتفع عنه التوكيل أولا ثم الجواز فيما يعجز عنه ما لفظه:و يقتصر فى التوكيل فى الأخير على ما يعجز عنه،لأن توكيله خلاف الأصل،فيقتصر فيه على موضع الحاجه،و هو جيد،و كذا قوله:ان قوله افعل ما شئت لا يقتضى الاذن فى التوكيل،فان الظاهر هنا انما هو ما نقله عن الشيخ من الجواز حسبما قدمنا نقله عنهم.

و من جمله من صرح بذلك شيخنا فى المسالك فقال:فان أذن له فى التوكيل صريحا فلا اشكال،و كذا لو دل اللفظ بإطلاقه أو عمومه على ذلك، كاصنع ما شئت أو مفوضا و نحوه،و بما أوردناه عليه فى هذين الموضعين اعترف فى القواعد،فقال:و لا يصح توكيل الصبى الى أن قال:و لا الوكيل إلا بإذن

موكله صريحا أو فحوى،مثل اصنع ما شئت،و الأقرب أن ارتفاع الوكيل عن المباشره و اتساعه و كثرته بحيث يعجز عن المباشره اذن فى التوكيل معنى فحينئذ الأقرب أنه يوكل فيما زاد على ما يتمكن منه لا الجميع انتهى.

و بيان ذلك هنا أن إطلاق التوكيل يقتضى تصرفا يتولاه بنفسه،كما صرح به،فلا بد لزياده هذا القيد و نحوه من فائده تترتب عليه،و الا لكان لغوا من القول و لا ريب أن من جمله ما يشاء توكيل الغير إذا شاء،و لو حمل هذا اللفظ على ما دل عليه أصل الوكاله من غير أن يكون له فائده تترتب عليه لكان اللازم ما قلناه، و لا شك أنه هو المتبادر من اللفظ،الا أن يكون ثمه قرائن حاليه توجب الخروج عن ذلك.

ثم ان ما ذكره من جواز التوكيل فى صوره الترفع و العجز ينبغى تقييده بما أشرنا إليه آنفا من علم الموكل بذلك،لأنه لو لم يعلم الموكل بشىء من هذين العذرين المانعين من القيام بما و كل فيه لم يجز لذلك الوكيل توكيل غيره،لانتفاء القرينه من جانب الموكل التى هى مناط الإذن،لأن معرفه الموكل بكونه يرتفع أو يعجز فى قوه الإذن له بالتوكيل،كما عرفت من عباره القواعد المذكوره،و أنه انما و كله،و الحال كذلك إلا مع رضاه و اذنه بالتوكيل،بخلاف ما لو لم يعلم بذلك،و هو ظاهر.

## الثانى [فى بيان أقسام إذن الموكل للوكيل فى التوكيل] :

قال فى التذكره،إذا أذن له أن يوكل فأقسامه ثلاثه:الأول:

أن يقول له:و كل عن نفسك،ففعل كان الثانى وكيلا للوكيل،ينعزل بعزل الأول إياه،لأنه نائبه و هو قول الشافعى،ثم ذكر الخلاف فى ذلك من العامه و أقوالهم الى أن قال:و الثانى:لو قال:و كل عنى فوكل عن الموكل،فالثانى وكيل للموكل و ليس لأحدهما عزل الآخر،و لا ينعزل أحدهما بموت الأخر،و لا جنونه و انما ينعزل أحدهما بعزل الموكل،فأيهما عزله انعزل.

الثالث:لو قال:و كلتك بكذا و أذنت لك فى توكيل من شئت،أو فى أن توكل وكيلا و لم يقل عنى و لا عن نفسك،بل أطلق فللشافعيه وجهان:أحدهما

أنه كالصوره الأولى،و هى أن يكون وكيلا عن الوكيل،لأن المقصود من الاذن فى التوكيل تسهيل الأمر على الوكيل،و أصحهما عندهم أنه كالصوره الثانيه يكون وكيلا للموكل،فان التوكيل تصرف يتولاه باذن الموكل،فيقع عنه إذا جوزنا للوكيل أن يوكل فى صوره سكوت الموكل عنه،فينبغى ان يوكله عن موكله،و لو وكل عن نفسه،فللشافعيه وجهان،انتهى.

أقول:ظاهر كلامه هو التوقف فى القسم الثالث حيث لم يذكر فتواه فى ذلك،و إنما اقتصر على نقل الوجهين من كلام الشافعيه،و ذكر تعليلاتهم،و يحتمل أن يكون عدم رده لما ادعوه من الأصحيه و لا رد دليلها مؤذنا باختياره ذلك، و رجحه بعض محققى متأخرى المتأخرين،قال:لأن صاحب المال إذا أذن بتوكيل من يوكل فى بيع ماله أنه يوكله عن نفسه،و لأنه ثبت بذلك توكيله و بإذنه فى فعل الثانى ذلك الموكل فيه فعزله و منعه من ذلك يحتاج إلى دليل، و الأصل عدمه و الاستصحاب يفيده،انتهى.

أقول:و المراد من قوله يوكل فى صوره سكوت الموكل يعنى مع فهم الجواز من القرائن كما تقدم لا مطلقا،فإنه لا قائل به.

## الثالث [فى عدم اعتبار الأمانه فى وكيل الوكيل] :

قال فى التذكره أيضا:كل وكيل جاز له التوكيل فليس له ان يوكل الا أمينا لأنه لا نظر للموكل فى توكيل من ليس بأمين فيفيد جواز التوكيد فيما فيه الخطر و الضرر كما أن الاذن فى البيع يقتضى الإذن بثمن المثل، الا أن يعين له الموكل فيجوز سواء كان أمينا أو لا-اقتصارا على ما نص عليه المالك،و لأن المالك قطع نظره بتعيينه،و لو وكل أمينا فصار خائنا فعليه عزله،لأن تركه يتصرف فى المال مع خيانته تضييع و تفريط على المالك، و للشافعيه وجهان:فى أن يحل له عزله،انتهى.

أقول:الظاهر من كلامهم من غير خلاف يعرف هو عدم اشتراط العداله فى الوكيل،و غايه ما ذكروه فى شروطه هو البلوغ و العقل،و الإسلام ان كان

الغريم مسلما،بل صرح فی الشرائع بجواز کونه فاسقا أو کافرا أو مرتدا، و الظاهر أنه لا فرق فی ذلک بین الوکیل عن المالک،و الوکیل عن وکیله،لأن الحکم فی الوکیل لا یزید علی الحکم فی المالک فکل من جاز للمالک توکیله، جاز لوکیله کذلک،لأنه قائم مقام المالک و فی حکمه،إلا أن یقوم دلیل علی الفرق بینهما،و لا أعرف لذلک دلیلا،و الأصل العدم فی الموضعین،و ما ذکره هنا من التعلیل بقوله لأنه لا نظر للموکل فی توکیل من لیس بأمین إنما یتم لو قلنا:باشتراط الوثاقه و الأمانه فیمن یوکله الموکل.

و قد عرفت أنه غیر شرط و لم یصرح به أحد منهم بل إنما صرحوا بخلافه، و کیف یتم ما ذکره من أنه لا نظر للموکل فی توکیل من لیس بأمین بمعنی أنه لیس یرضی بذلک و لا یجیزه،و الحال أنه یوکل الفاسق المقطوع بکونه غیر أمین کما عرفت،فلو کان نظر الموکل مقصورا علی الأمین،و ان ذلک من شروط الوکاله لامتنع توکیله الفاسق،و کیف یراعی هذا النظر فی وکیل وکیله، و لا یراعی فی وکیله هو.

و بالجمله فإنه إذا صحت وکالته للفاسق و الکافر.المعلوم عدم أمانتهم، و الجائز وقوع الخطر و الضرر بوکالتهم،فلم لا یجوز فیمن یوکله الوکیل و الخطر و الضرر فی الموضعین متدارک بفسخ الموکل الوکاله،و قیاسه ذلک علی الاذن فی البیع المقتضی لثمن المثل قیاس مع الفارق،فإن البیع لما کان الغالب فیه هو البیع بثمن المثل حمل علیه الإطلاق،لما عرفت فی غیر موضع مما تقدم أن الإطلاق إنما یحمل علی الأفراد الغالبه الشائعه،بخلاف التوکیل،لما عرفت من أن للموکل توکیل الفاسق و الکافر و المرتد و نحوهم ممن لا أمانه لهم، فإطلاق توکیل الوکیل لغیره إنما ینصرف إلی ذلک،لا إلی خلافه و عکسه من اشتراط الأمانه فیه،و بما صرح به هنا صرح فی القواعد أیضا،فقال:وکل موضع للوکیل أن یوکل فیه فلیس له أن یوکل الا أمینا الا أن یعین الموکل

ص:55

غیره،علی أن مـا ذکره من التعلیـل بقوله لا نظر للموکل فی توکیل من لیس بأمین لا یخرج عن المصادره،لأن هـذا عین المـدعی کما هو الظاهر.

و بالجمله فإنه لا یظهر لی وجه صـحه لما ذکره،و لعله لسوء فهمی القاصر و ضعف بصیرتی الحاسر،و بذلک یظهر أن ما أطال به المحقق الأردبیلی هنا الکلام بعـد نقل العباره المـذکوره من أن المراد بالأمانه العداله بالمعنی المشـهور بین الأصـحاب أو مجرد اطمینان النفس به فی عدم الخیانه لا أعرف له وجها لأن هذا البحث فرع صحه هذا الشرط،و قد عرفت ما فیه و انه لا وجه له،و لا دلیل علیه الا أن یقال بذلک فی الوکیل:و لا قائل بذلک بل القول إنما هو بخلافه کما عرفت،و الله سبحانه العالم.

### الثالثه [عدم جواز التوکیل فیما لا یجوز له مباشرته] :

لا یجوز للموکل أن یوکل فیما لا یجوز له مباشـرته کما تقـدم فی صـدر هـذا المطلب و من فروع ذلک أنه لا یجوز للمسـلم أن یوکـل ذمیـا فی شـراء خمر أو خنزیر،لأـنه لاـ یجوز شـراءه،و إن جاز ذلک للـذمی،و منها أنه لا یجوز للمحرم أن یوکل فی عقد النکـاح و لاـ ابتیـاع الصـید،و لاـ یجوز له أیضـا أن یتوکل فیما لیس للمحرم فعله کابتیاع الصـید و إمساکه و عقـد النکاح،و هـذا الحکم قـد ذکره الأصـحاب فی أحکـام الموکـل فعبروا بالعبـاره الأـولی و نحوهـا، و فی أحکـام الوکیـل فعبروا بالعبـاره الثانیه و نحوها،و الوجه فی ذلک ظاهر، فإنه کما یشترط فی الموکل أن لا یوکل إلا فیما یجوز له مباشرته،کذلک یشترط فی الوکیل أن لا یکون وکیلا إلا فیما یکون قادرا علی الإتیان به بنفسه،و حینئـذ فکما لا یجوز للمحرم أن یوکل فی العقـد فکذلک لا یجوز له أن یتوکل فیه،و قـد تقـدم الکلام فی ذلک فی الحـج،إذا عرفت ذلک فاعلم أنه لا إشـکال فی تحریم إیقاع العقد فیهما فی حال الإحرام،و کذا التوکیل فیه.

و انمـا الکلاـم فیمـا لو وقع التوکیـل فی حال الإحرام لإیقاع العقـد بعـد الإحلال،فإن ظاهر إطلاقهم هنا هو البطلان،مع أن الـذی صرح به جمله منهم

ص :۵۶

فى كتاب الحج هو الجواز،تمسكا بالأصل السالم عن المعارضه.

و كـذا الكلام فى أنه هـل يخص التحريم بمـا إذا كـان العقـد للموكل،أو أعم من ذلك؟اشكال،و ان كان المتبادر من كلامهم الأول.

قال فى المسالك:و هل التحريم مشروط بكون العقد للموكل كما هو ظاهر الكلام و النص،أو هو أعم من ذلك حتى يحرم على الأب و الجد، و شبههما التوكيل حال الإحرام فى إيقاع عقـد المولى عليه،و كـذا الوكيل الـذى يسوغ له التوكيل كل محتمل،و طريق الاحتياط واضح،انتهى و الله سبحانه العالم.

## الرابعه [فى القول بكراهه تولى ذوى المروات المنازعه] :

قالوا:يستحب أن يكون الوكيل تام البصيره فيما وكل فيه عارفا باللغه التى يحاور بها،و عن ابن البراج ان ذلك واجب،و كذا عن ظاهر أبى الصلاح،ثم ردوا ذلك بأنه ضعيف،قالوا:و يكره لـذوى المروات بان يتولوا المنازعه بأنفسهم،و المراد بأهل المروات يعنى أهل الشرف و الخطر و المناصب الجليله الذين لا يليق بهم الامتهان.

و نقل الأصحاب فى كتب الفروع أنه

روى (۱)

«أن عليا عليه السلام وكل عقيلا- فى خصومه،و قال،ان للخصومه قحما ان الشيطان ليحضرها و أنى لأكره أن أحضرها». و فى الصحاح القحمه بالضم المهلكه،و المراد بأن للخصومه قحما أى انه تقحم بصاحبها الى ما لا يريده.

أقول:لم أقف على هذا الخبر فيما حضرنى من كتب أخبارنا بل الموجود فيها إنما هو ما يدل على خلافه

«من تحاكم على عليه السلام (۲)مع من رأى درع طلحه أخذت غلولا- عنده،فقال عليه السلام درع طلحه أخذت غلولا- يوم البصره،فأنكر من هى بيده،فدعاه المنكر إلى المحاكمه إلى شريح القاضى فحاكمه اليه». و القضيه



---

۱- ۱) المستدرک ج ۲ ص ۵۱۱،النهايه لابن الأثير ج ۴ ص ۱۹،لسان العرب ج ۱۲ ص ۴۶۳ و فيه وكل عبد الله بن جعفر.

۲- ۲) التهذيب ج ۶ ص ۲۷۳ ح ۱۵۲،الوسائل ج ۱۸ ص ۱۹۴ ح ۶.

مشهوره مرویه

«و تحاکم النبی(صلی الله علیه و آله و سلم) (۱)مع صاحب الناقه إلی رجل من قریش،ثم الی علی علیه السلام. و الروایه بها متعدده،

و تحاکم علی بن الحسین علیهما السلام (۲)الی قاضی المدینه مع زوجته الشیبانیه لما طلقها و ادعت علیه المهر».

و هذه کلها کما تری ظاهره فی عدم الکراهه،إذ لا ریب فی أنهم علیهم السلام سادات أرباب الشرف،بل لا شرف فوق شرفهم.

نعم ما ذکروه باعتبار العرف الذی علیه الناس الآن مما لا شک فیه، و من الطرائف المناسبه للمقام أنه ادعی رجل من عامه الناس علی رجل من أهل الشرف فی بلادنا البحرین،و کان من عاده ذلک الرجل الشریف لعلو مقامه أن یجلس بجنب الحاکم،فلما ادعی علیه ذلک،قال له الحاکم:قم و اجلس إلی جنب خصمک ما دامت الخصومه،فإن هذا هو مقتضی الشرع،فإذا فرغت الخصومه عد الی مکانک،فقال الرجل:انی لا أبیع مقامی هذا بأضعاف ما یدعیه هذا المدعی و أنی أشهدکم أنی قد سلمت الیه دعواه،و لا أقوم من مجلسی هذا،و هو غایه فی المحافظه علی شرف النفس و عزتها،و عدم امتهانها و مذلتها و الله سبحانه العالم.

## المطلب الرابع فی الوکیل:

### اشاره

و فیه أیضا مسائل

#### الاولی [فی اشتراط ما یشترط فی الموکل فی الوکیل أیضا] :

کلما یشترط فی الموکل من البلوغ و العقل، و نحوهما،و ضابطه ما تقدم من التمکن من التصرف یشترط فی الوکیل أیضا،قال فی الشرائع:الوکیل یعتبر فیه البلوغ و کمال العقل،و لو کان فاسقا أو کافرا أو مرتدا، و لو ارتد المسلم لم تبطل وکالته،لأن الارتداد لا یمنع الوکاله ابتداء،فکذا استدامه.

و قال فی التذکره:کما یشترط فی الموکل التمکن من مباشره التصرف فی الموکل فیه بنفسه،یشترط فی الوکیل التمکن من مباشرته بنفسه،و ذلک بأن یکون صحیح العباره فیه فلا یصح للصبی و لا للمجنون أن یکونا وکیلین فی



---

۱- ۱) الفقیه ج ۳ ص ۶۰ ح ۱،الوسائل ج ۱۸ ص ۲۰۰ ح ۱.

۲- ۲) الکافی ج ۷ ص ۴۳۵ ح ۵،الوسائل ج ۱۶ ص ۱۴۲ ح ۱.

التصرفات،سواء کان ممیزا الی آخر ما قدمنا نقله عنه فی سابق هذا المطلب من الأفراد المعدوده ثمه،و علی هذا النهج کلام غیرهما.

و هو کما تری ظاهر بل صریح فیما قدمنا ذکره من عدم اشتراط الوکیل و عدم اشتراط کونه أمینا کما ذکره العلامه فیما قدمنا نقله عنه فی وکیل الوکیل و کان ذکر المرتد فی عباره الشرائع-بعد ذکر الکافر الشامل له،لدفع توهم بطلان تصرفاته بعد الرده،فإن البطلان مخصوص بما کان من أمواله،فإنه یمنع منها دون مال الغیر الذی وکل فیه،فإنه لا یدخل فی ذلک و لا یمنع من تصرفه فیه بحسب الوکاله.

و ما ذکره فی التذکره من الشرط المذکور،بمنزله الضابط الکلی للوکیل، و لکنه یحتاج أیضا الی قید زائد علی ما ذکره،کما نبه علیه المحقق فی عباره الشرائع بقوله:و کلما له أن یلیه بنفسه و تصح النیابه فیه صح أن یکون فیه وکیلا، و الأول احتراز عما لا یصح أن یلیه بنفسه و لا یتمکن من مباشرته بنفسه،کتوکیل المحرم فی عقد النکاح إیجابا و قبولا،و توکله فی حفظ الصید و شرائه،إذ لیس للمحرم أن یلی ذلک بنفسه کما تقدم ذکره.

و منه الصبی و المجنون کما ذکره فی التذکره فإنهما لا یلیان ذلک،و منه الکافر لا یجوز له تزویج المسلمه ففی جمیع هذه المواضع التی لا یملک فیها التصرف لنفسه لا یجوز له أن یکون وکیلا فیها،الا أن ظاهر ابن إدریس الجواز فی الأخیر.

و الثانی احتراز عما لا تصح النیابه فیه و ان صح أن یلیه بنفسه،کالعبادات و نحوها مما تقدم ذکره مما یلیه الإنسان بنفسه من صلاه و صوم و نحوهما،فإنه لا تصح النیابه فیها،لکونها مطلوبه من المکلف مباشره،و یدخل فی هذا الضابط المحجور علیه لسفه أو فلس من جهه،و یخرج من جهه،فمن جهه ما حجر علیه التصرف فیه یخرج،و من جهه ما خرج عن موضع الحجر مما له التصرف فیه یدخل،لأنهما یلیان لأنفسهما بعض الأفعال،فتصح وکالتهما فیها.

### الثانیه [حکم وکاله المرأه فی طلاق نفسها] :

یجوز،للمرئه أن تتولی طلاق غیرها بلا خلاف و لا إشکال،لأن

الطلاق مما يقبل النيابه،و لا فرق بين نيابه الذكر و الأنثى،أما نيابتها فى طلاق نفسها فمحل خلاف،و قد تقدمت اشاره اليه فى المورد الثانى من المطلب الثانى.

و كذا يجوز وكالتها فى عقد النكاح عندنا،و لم ينقل فيه الخلاف الا عن الشافعى،حيث منع من توكيلها فيه إيجابا و قبولا كالمحرم،قال فى التذكره:

يجوز للمرأه أن يتوكل فى عقد النكاح إيجابا و قبولا عندنا،الى آخره و قال فيها أيضا:بجواز توكيلها فى رجعه نفسها،و توكيل امرأه أخرى.

أقول:أما الحكم الأول مما ذكره فظاهر،و أما الثانى فلا يخلو من توقف لأن أصاله صحه الطلاق ثابته الى أن يحصل الرافع لها بيقين،و لم يثبت من الشارع زوالها بتوكيلها فى الرجعه،و الظاهر أن الكلام هنا كالكلام فى توكيلها فى طلاق نفسها و سيأتى تحقيق الحال فيه فى موضعه إنشاء الله.

و يجوز وكاله العبد باذن مولاه لانه لا مانع من ذلك الا كون منافعه مملوكه للمولى،و حينئذ فإذا حصل الاذن زال المانع،و ظاهر إطلاق كلام أكثر الأصحاب هو توقف ذلك على الاذن،أعم من يكون ما وكل فيه مما يمنع شيئا من حقوق المالك أولا،بأن يوكله فى إيجاب عقد أو قبوله فى حال خلوه عن أمر المولى له بشىء أو فى حال اشتغاله بأمره حيث لا منافاه بين القيام بالأمرين.

و يدل على ذلك ما تقدم من أن منافعه بأسرها مملوكه لسيده،فلا يجوز التصرف فى شىء منها قليلا أو كثيرا إلا باذنه و ذهب فى التذكره إلى جواز توكيله بغير إذنه،إذا لم بمنع شيئا من حقوقه،و اليه يميل كلام جمله ممن تأخر عنه،كالمسالك و المحقق الأردبيلى فى شرح الإرشاد،نظرا إلى شهاده الحال،و انتفاء الضرر.

و أما وكالته فى شراء نفسه،فقد تقدم الكلام فيها،و فى حكمها وكالته فى عتق نفسه،بأن يوكله مولاه فى عتق نفسه،و وجه المنع هنا من حيث أنه يعتبر مغايره المعتق اسم الفاعل،للمعتق اسم المفعول،و الجواب الاكتفاء بالمغايره

الاعتباريه،کما تقدم نظیره.

أقول:و ینبغی أن یعد من هذا القبیل أیضا ما لو وکله سیده فی بیع نفسه علی الغیر،فان الکلام فی هذا الموضع کالکلام فی الموضعین المذکورین صحه و بطلانا و الله سبحانه العالم.

### الثالثه [فی بطلان وکاله الذمی علی المسلم] :

قال فی التذکره:مدار الوکاله بالنسبه إلی الإسلام و الکفر علی ثمان مسائل،تبطل منها وکاله الذمی علی المسلم،و هو صورتان،توکل الذمی للمسلم أو للکافر علی المسلم عند علمائنا أجمع لقوله تعالی (1)«وَ لَنْ یَجْعَلَ اللّهُ لِلْکافِرِینَ عَلَی الْمُؤْمِنِینَ سَبِیلاً» و یکره أن یتوکل المسلم للذمی عند علمائنا أجمع.

أقول:أما ما ذکره من الصور الثمان هنا فإنه باعتبار أن الموکل اما مسلم،أو کافر،و علی التقدیرین فالوکیل اما مسلم،أو کافر،و علی التقادیر الأربعه فالموکل علیه اما مسلم،أو کافر،فهذه ثمان صور المسئله،و ظاهره دعوی الإجماع علی البطلان فی صورتین منها،و هو کون الکافر وکیلا علی المسلم، سواء کان الموکل مسلما أو کافرا و فی الشرائع نسب هذا القول إلی الشهره،فقال بعد ذکره:علی المشهور،و ربما کان فیه إیذان بالطعن فی دلیله.

و أما الاستدلال بالآیه المذکوره فهو و ان اشتهر بینهم فی أمثال هذه المواضع،إلا أنک قد عرفت ما فیه فی ما تقدم فی غیر موضع،من ورود النص (2)عن الرضا علیه السلام بأن ذلک إنما هو من جهه الحجه و الدلیل،و قد تقدم تحقیق ذلک بما لا مزید علیه فی المسئله السادسه من المقام الثانی فی المتعاقدین من الفصل الأول فی البیع فی کتاب التجاره (3).

و ظاهره الجواز فیما عدا ذلک من غیر کراهه،إلا فی صوره واحده من الست الباقیه،و هی أن یتوکل المسلم للذمی علی المسلم،و ادعی الإجماع علی



---

1- 1) سوره النساء-الایه 141.

2- 2) عیون أخبار الرضا ج 2 ص 203 ح 5.

3- 3) ج 18 ص 425.

الکراهه،مع أنه فی النهایه علی ما نقل عنه،قال:بعدم الجواز،و نقله فی المختلف أیضا عن الخلاف و النهایه و أبی الصلاح،و هو ظاهر الشیخ المفید أیضا، و قد تقدم ذکر ذلک فی المورد الثانی من المطلب الثانی،و الظاهر أنه لذلک تردد فی الشرائع،و ان استوجه بعد ذلک الجواز علی الکراهه.

ثم أنه لا ـ یخفی أن أکثر الأصحاب إنما عبروا بالذمی و لا یظهر له وجه،مع أنه متی ثبت ذلک فی الذمی ثبت فی غیره بطریق أولی،و الله سبحانه العالم.

**الرابعه [فی عدم اشتراط العداله فی الوکیل] :**

قد عرفت مما قدمنا نقله عن الشرائع فی المسئله الأولی جواز أن یکون الوکیل فاسقا أو کافرا أو مرتدا،و قال فی المسالک فی مسئله عدم اشتراط عداله الولی و لا الوکیل فی عقد النکاح ما لفظه:و کذا الوکیل فی عقد النکاح، لا یشترط أن یکون عدلا بل یصح توکیل الفاسق فیه إیجابا و قبولا ـ لقبوله النیابه و أصاله عدم اشتراط العداله،إذ لا یتضمن ذلک استئمانا علی أمر خفی کالمال، خلافا لبعض الشافعیه،حیث اشترط العداله فیهما.

و أما اشتراط عداله الولی فی ولایه المال ففیه خلاف بین أصحابنا،و فی التذکره قطع بأن الفاسق لا ولایه له،حتی لو کان عدلا ففسق انتزع المال منه، و استشکل فی القواعد فی باب الوصایا،انتهی.

أقول:ما نقله عن التذکره لم أقف علیه فی کتاب الوکاله بعد التتبع لأبحاث الکتاب المذکور،و الذی وقفت علیه إنما هو خلاف ما نقله،حیث قال فی الکتاب المذکور:لو فسق الوکیل لم ینعزل عن الوکاله إجماعا،لأنه من أهل التصرف إلا أن تکون الوکاله مما ینافی الفسق،کالإیجاب فی عقد النکاح عند العامه،فإنه ینعزل عندهم،بمجرد فسقه،أو فسق موکله لخروجه عن أهلیه التصرف فیه عندهم،و عندنا لا ینعزل بالفسق،إذ لا یشترط العداله فی ولی النکاح، و أما فی القبول و ان فسق الموکل لم ینعزل وکیله بفسقه،لأنه لا ینافی فی جواز قبوله،و هل ینعزل الوکیل بفسق نفسه،فیه للعامه وجهان:و لو کان وکیلا

فيما يشترط فيه الأمانه كوكيل ولى اليتيم و ولى الوقف على المساكين،و نحوه انعزل بفسقه،و فسق موكله لخروجهما بذلك عن أهليه التصرف،و ان كان وكيلا لوكيل من يتصرف فى مال نفسه انعزل بفسقه،لأنه ليس للوكيل أن يوكل فاسقا،و لا ينعزل بفسق موكله،لأنه وكيل لرب المال،و لا ينافيه الفسق، انتهى.

أقول:و أنت خبير بما فيه من الصراحه فى صحه كون الوكيل فاسقا، و ظاهره دعوى الإجماع عليه،لأن عدم انعزاله بالفسق إنما هو من حيث عدم منافاه الفسق،لصحه الوكاله كما هو المذكور فى آخر عبارته،و أن المدار فى الوكيل و صحه كونه وكيلا إنما هو على أهليه التصرف،كما قدمنا نقله عنه فى المسئله الأولى،و ان هذا هو الضابط فى صحه الوكاله،و كأن الوجه فيه أن المالك إذا رضى بذلك و سلم اليه ماله و أمره بالتصرف فيه على الوجه الذى أمره

«و الناس مسلطون على أموالهم». و لا مانع من الصحه،و لهذا استثنى من ذلك وكيل ولى اليتيم،و وكيل ولى الوقف الذين قد علم من الشارع أن ولايه موكليهما على ذينك الأمرين إنما هو لأجل المحافظه على ذلك،و مراعاه المصلحه،فلا بد من أن يكون عدلا،إذ لا وثوق بغيره،بخلاف مال الإنسان نفسه،فإنه مخير فى دفعه الى من شاء كيف شاء.

و أما عده من ذلك وكيل الوكيل،فقد تقدم الكلام فيه،و تطرق المناقشه اليه،و يظهر من ابن إدريس فى السرائر أيضا دعوى الإجماع على عدم اعتبار عداله الوكيل كما سمعت من كلام العلامه هنا،حيث قال فى مسئله وكاله الكافر فى التزويج:و الذى يقوى فى نفسى أنه لا يمنع من وكاله الكافر مانع فى التزويج المذكور،لأنا لا نعتبر العداله فى الوكيل،بغير خلاف،لأنه لا مانع منه من كتاب و لا إجماع و لا سنه متواتره،انتهى.

و يؤيد ذلك أيضا ما تقدم فى المسئله الثالثه فى بيان مدار الوكاله،و ما

ذکروه بالنسبه إلی المرتد من أنه لا تبطل وکاله المسلم بردته،لأن الرده غیر مانعه من صحه الوکاله ابتداء،فکذا الاستدامه،کما صرح به فی التذکره و غیره من غیر نقل خلاف الا من بعض العامه،و بما ذکرنا یظهر ما فی دعوی شیخنا المتقدم ذکره أن المسئله فی وکاله المال خلافیه،و أن بعضهم ذهب الی اشتراط العداله فیها،و مما یؤید ما قلناه أیضا ظاهر قوله سبحانه (۱)«وَ مِنْ أَهْلِ الْکِتٰابِ مَنْ إِنْ تَأْمَنْهُ بِقِنْطٰارٍ یُؤَدِّهِ إِلَیْکَ» و بالجمله فإنه یجب القطع بعدم اشتراط العداله فی الوکیل فی کلامهم،و الأصل العدم حتی یقوم الدلیل علی خلافه،و الله سبحانه العالم.

## الخامسه [فی عدم جواز مخالفه الوکیل لما عینه الموکل] :

قال فی التذکره:یجب علی الوکیل اعتماد ما عین الموکل و قرره معه،و لا یجوز له المخالفه فی شیء مما رسمه له،فیصح تصرف الوکیل فیما وافق الموکل،و یبطل فیما یخالفه مع صحه الوکاله،و الموافقه و المخالفه قد یعرفان بالنظر الی اللفظ تاره،و بالقرائن التی تنضم إلیه أخری،و أن القرینه قد تقوی فینزل علیها إطلاق اللفظ.

أقول:هذا من جمله الضوابط فی الوکاله أیضا،و مرجعه إلی أنه لا یجوز له المخالفه عما رسمه الموکل،الا أن تدل القرائن علی إرادته،و رضی الموکل به أو تشهد العاده بذلک،و لکن لا بد من اطرادها بما دلت علیه،فإنه یکون حینئذ فی حکم المعین،و المرسوم من جهه الموکل.

و یتفرع علی ذلک فروع:منها-ما لو أذن له فی البیع نسیه فباع نقدا أو عین له ثمنا فباع بأزید منه،فإنه داخل فی المأذون فیه بطریق أولی،لأنه قد زاد خیرا،و العرف و العاده یشهدان بذلک،إلا أنه یجب تقییده بما إذا لم یعلم له غرض فی التعیین بذلک و إلا لم یجز التعدی عما رسمه،و ان لم یصرح بالنهی،لأن الأغراض تختلف فی ذلک و المصالح لا تنضبط،و لو صرح له بالمنع فأولی بعدم الجواز.



---

۱- ۱) سوره آل عمران-الایه ۷۵.

قال فی التـذکره لو أمره بالبیع بمأه،و نهاه عن البیع بالأزید لم یکن له البیع بالأزید قطعا،لاحتمال تعلق غرضه بذلک،فلا یجوز له التخطی،و منهـا مـا لو أمره بـالبیع فی سوق معین،بثمن معین،فبـاع فی غیرهـا بـذلک الثمن،أو أطلق و لکن باع بثمن المثل الـذی ینصـرف إلیه الإطلاق صـح أیضا:بناء علی أن الغرض تحصـیل الثمن الا أنه یجب تقییـده بما قدمنا ذکره،من عدم العلم بالغرض من ذلـک التعیین،فلو علم الغرض منه کما لو کان الراغبون بـذلک السوق أکثر،أو النقـد فیها أجود،أو المتعاملون فیها أسـمح،أو نحو ذلـک لـم یجز له التخطی، و عن التـذکره،أنه اشترط هنـا العلم بعـدم الغرض،و علیه فلاـ یصـح فی صوره الجهـل،و لا یجوز التخطی.

و کیف کان فإنه مع صـحه البیع فی غیر ما عین،فالظاهر من کلام بعضـهم أنه لا یجوز النقل له الی غیر ذلک المکان الذی عدل الیه،و الظاهر أنه لخروجه عن الاذن یکون ضامنا بالنقل الیه،و یکون ضامنا للثمن بعد البیع أیضا لعین ما ذکر، و إنما تظهر الفائده فی الحکم بصحه البیع خاصه.

و قال فی التذکره بعد ذکر مسئله البیع فی السوق-و عدم تعرضه فیها للضمان و عدمه-:و لو قال بعه فی بلد کذا احتمل أن یکون کقـوله بعه فی السـوق الفلاـنی،حـتی لـو بـاعه فی بلـد آخر جـاء فیه التفصـیل،ان کـان له غرض صـحیح فی التخصـیص لم یجز التعدی،و إلا جاز،لکن یضـمن هنا الوکیل بالنقل إلی غیر البلد للعین،و کذا الثمن یکون مضمونا فی یده،بل لو أطلق التوکیل فی بلد یبیعه فی ذلک البلد فلو نقله صار ضامنا،انتهی.

و عنـدی فی کل من هـذین الکلامین إشـکال،أما الأول و هو الضـمان مع النقل إلی تلک البلد الأخری،فلانه لا یجامع ما ذکروه من أنه یصـح البیع،لأن الغرض تحصـیل الثمن الا أن یعلم غرضه فی التعیین،فان مقتضـی هذا الکلام جواز المخالفه و النقل،و ان هذا الغرض مع عدم المانع المذکور قرینه علی جواز المخالفه فی

تعيين السوق،فكأنه بالنظر إلى هذا الغرض و عدم المانع قال له بع بهذا الثمن ان شئت،فإذا حكم بجواز المخالفه كيف يتعقبه الضمان.

و بالجمله فإن المانع من جواز النقل إنما هو العلم بالغرض من التعيين، و أما مع عدمه فيجوز كما هو ظاهر عباره التذكره المذكوره،و عليه فلا يتم القول بالضمان،لأنه مأذون فى ذلك بمفهوم الكلام المتقدم.

و أما الثانى و هو ما ذكره فى التذكره فإن ظاهره كما عرفت أنه مع عدم العلم بالغرض الصحيح فى التخصيص يجوز التعدى،ثم انه فرق بين الاذن بالبيع فى السوق و فى البلد،فأوجب الضمان فى الثانى دون الأول،و لا أعرف له وجها ظاهرا،و بيان ذلك أنه ذكر مسئله البيع فى السوق أولا،و لم يتعرض للضمان بالمخالفه،ثم ذكر مسئله البيع فى البلد كما نقلناه عنه،و قال:لكن يضمن هنا، و هو ظاهر فيما قلناه من تخصيصه الضمان بهذه الصوره،دون تلك،و فيه ما ذكرناه.

و بالجمله فإنه ان فهم الاذن فى المخالفه من الكلام المذكور فى كل من هذين الموضعين فإنه تجوز المخالفه،و لا يتعقب ذلك ضمان،و ان لم يفهم لم يجز النقل و تعقبه الضمان،لأنه تصرف فى مال الغير بغير اذن،و فى صحه البيع أيضا إشكال.

إذا عرفت ذلك فاعلم أن ظاهر كلام كثير منهم الفرق بين السوق و غيرها مما يعينه الموكل،و تخصيص جواز المخالفه بالسوق خاصه،إلا مع العلم بالغرض مع التعيين،و أما غيرها فلا،و هو مشكل لعدم ظهور الفرق.

قال فى التذكره:يجب على الوكيل تتبع تخصيصات الموكل،و لا يجوز.

له العدول عنها،و لا التجاوز إلا فى صوره السوق على ما يأتى،بل يجب النظر الى تقييدات الموكل فى الوكاله،و يشترط على الوكيل رعايه المفهوم منها بحسب العرف الى آخره،و يشير الى ما ذكرناه أيضا ما صرح به المحقق الأردبيلى (رحمه الله عليه)،ثم ان الأصحاب ذكروا هنا جمله من الفروع فى مطولات كتبهم و مرجعها الى ما عرفت فى الضابط المتقدم،و الله سبحانه العالم.

**السادسه [فى حكم صور بطلان الشراء للموكل من جهه مخالفه الوكيل لما عينه] :**

قد صرحوا:بأن كل موضع يبطل الشراء للموكل إما للمخالفه كما أشير إليه فى سابق هذه المسئله،أو لإنكار الموكل التوكيل،فان كـان سمى الموكـل فى العقـد لم يقع العقـد عن الموكـل لعـدم الوكـاله،أو للمخـالفه،و لا عن الوكيل،لأن المـذكور فى العقد غيره،كما هو المفروض،و ان لم يكن سماه وقع عن الوكيل بحسب الظاهر،و أما فى نفس الأمر فإن كان قصده و نواه لنفسه فهو له،و إن نواه للموكل لم يقع له أيضا لما تقدم،و المخرج عن ذلك إما بالمصالحه،أو بأن يقول الموكل إن كان لى فقد بعته من الوكيل.

أقول:و ان أردت زياده توضيح لهذا المقال فاعلم أن ذلك يقع فى موضعين أحدهما أن يكون بطلان الشراء مستندا إلى المخالفه لأمر الموكل،و لا ريب أنه مع تسميه الموكل فى العقد،و الحال أنه قد خالفه فيما وكله فيه فإنه لا يقع عنه و إن سماه بل يكون فضوليا يتوقف صحته على الإجازه بناء على المشهور فى عقد الفضولى،و لا يقع عن الوكيل أيضا لأن المسمى فى العقد غيره،و أما مع عدم ذكر الموكل فى العقد فإنه يقع بحسب الظاهر عن الوكيل،حيث أن الخطاب معه،و على هذا فللبائع أن يأخذ منه الثمن،و يلحقه جميع الأحكام المترتبه على البيع بناء على ذلك الظاهر،فإن الأحكام إنما تبنى عليه دون نفس الأمر،و لكن يجب تقييد الحكم بكون الشراء للوكيل كما ذكرنا بأن لا يكون قد شرى بعين مال الموكل،و إلا فإنه يقع فضوليا عن الموكل،موقوفا على إجازته،فان لم يجز بطل،لأنه يصير كظهور استحقاق أحد العوضين المعينين فى العقد،و إن جازه صح.

و كذا يجب الحكم بالبطلان فى هذه الصوره إذا علم البائع أن الثمن ملك الموكل،أو قامت به البينه،و يجب على البائع رد الثمن حينئذ،و ان لم يعلم البائع بذلك،و لا بينه ثبت البيع ظاهرا كما تقدم،و وجب على الوكيل دفع عوض ذلك الثمن للموكل،و انما كان الواجب هو العوض،لتعذر استرجاع عين الثمن،فان البيع صحيح بحسب الظاهر كما ذكرنا،و اعترافه بالتفريط بسبب

المخالفه،و للموكل إحلاف البائع لو ادعى عليه العلم بأن الثمن له و إلا فلا.

و ثانيهما أن يكون بطلان الشراء لإنكار الموكل التوكيل،و لا يخلو إما أن يكون الاشتراء بعين مال الموكل بناء على دعواه الوكاله،أو فى الذمه،و على الأول يكون الشراء فضوليا،سواء ذكر الموكل لفظا أو قصده نيه أو لا فيهما فان أجازه الموكل صح على المشهور فى عقد الفضولى،و ان لم يجزه و الحال أنه ذكره لفظا أو كان للموكل بينه بأن العين له أو كان البائع عالما بذلك،فلا يخلو إما أن يكون الوكيل صادقا فى دعوى الوكاله،فإنه يكون العقد صحيحا بحسب الواقع،فاسدا بحسب الظاهر،و ان كان الوكيل كاذبا بحسب الواقع بطل الشراء بالعين فى الواقع و الظاهر.

و على الثانى و هو الشراء فى الذمه فإن ذكر الموكل لفظا أو نيه وقع الشراء له باطنا ان كان صادقا فى دعوى الوكاله،و بطل بحسب الظاهر من حيث إنكار الموكل الوكاله،و ان لم يذكره بالكليه لا لفظا و لا نيه فالشراء للوكيل ظاهرا و باطنا،و ان كان الوكيل مبطلا فى دعوى الوكاله و ذكر الموكل بطل البيع مطلقا،إذ لا يصح عن الموكل و ان سماه،لأنه مبطل فى دعوى الوكاله، و لا عن نفسه لأن المسمى فى العقد غيره،و ان لم يذكره وقع الشراء للوكيل.

قالوا:و طريق التخلص فى مواضع الاشتباه باحتمال كونه لأيهما أن يقول الموكل:إن كان لى فقد بعته من الوكيل:و لا يضر التعليق هنا على الشرط فى صحه هذا البيع،لأن الشرط المبطل إنما هو ما أوجب توقف العقد على أمر يمكن حصوله،و عدم حصوله،و الأمر المعلق عليه هنا واقع،بعلم المكلف حاله فلا يضر جعله شرطا.

و كذا القول فى كل شرط علم وجوده كقول البائع ان كان اليوم الجمعه فقد بعتك كذا مع علمه بكون ذلك اليوم الجمعه،و لو امتنع الموكل عن البيع جاز للموكل أن يستوفى عوض ما أداه إلى البائع عن موكله من المبيع،و يرد

عليه ما يفضل ان كان فى المبيع زياده على ما استوفاه،و يرجع اليه بما يزيد له ان نقص المبيع مما استوفاه،و الرجوع عليه هنا بطريق المقاصه بمعنى أنه إن ظفر بمال الموكل و أمكنه وضع يده عليه،و كما يحصل التخلص بما ذكر يحصل أيضا بالمصالحه،و يحصل أيضا بإبراء الذمه من الثمن أو يقول،وهبتك إياه هذا ملخص ما ذكروه فى المقام،و الله سبحانه العالم.

### السابعه [فى وكاله اثنين على جهه الاجتماع] :

قالوا:لو وكل اثنين و شرط الاجتماع أو أطلق لم يكن لأحدهما الانفراد،و لا القسمه،و لو مات أحدهما بطلت،و ليس للحاكم أن يضم اليه،و لو شرط الانفراد جاز.

أقول:لا ريب فى أنه إذا صرح بالانفراد فان كل واحد منهما وكيل على حده،و إذا صرح بالاجتماع لم يكن لأحدهما الانفراد،و المراد باجتماعهما صدور الأمر الموكل فيه عن رأيهما و اتفاقهما على ذلك،فان كان عقدا فينبغى أن يأذن أحدهما للآخر فى إيقاع العقد أو يتفقا على ثالث،فيوقع الصيغه،إذ الظاهر جواز الاذن هنا فى مثله كما رجحه بعض المحققين،و قيده آخرون باقتضاء الوكاله جواز التوكيل،و الا فلا،و بالجمله فإن قصد الموكل أن يكون العاقد واحدا لا إيقاع كل منهما الصيغه.

و ظاهره فى المسالك أيضا جواز إيقاع كل منهما الصيغه،و استشكله بعض المحققين بأنه يلزم أن يكون العقد الصحيح غير مؤثر للمطلوب المترتب عليه، بل يكون موقوفا على عقد آخر غير معهود فى الشرع،و فى صدق تعريف العقد الصحيح عليه تأمل و تكلف،انتهى.

و أما مع الإطلاق فإن وجدت قرينه تدل على الافراد أو الاجتماع وجب العمل بمقتضاها،و الا فإن ظاهر الأصحاب هو الحكم بالاجتماع،و على هذا فشرط الاجتماع على الخصوص انما يفيد مجرد التأكيد،لأن مقتضى الإطلاق هو الاجتماع كما عرفت،و الوجه فى اقتضاء الإطلاق الاجتماع أن قوله و كلتكما

موجها الخطاب إليهما معا يقتضـى كونهما وكيلين،و الأصل فى كل منهما على حده عدم الوكاله.و عدم جواز التصرف إلا بإذن الموكل،و الاذن انما حصل لهما معا و المعيه يقتضـى الاجتماع،و لو مات أحـدهما بطلت الوكاله من أصـلها،كما إذا ماتا معا،لأن توكيلهما على جهه الاجتماع يؤذن بعـدم رضاه برأى أحـدهما، و تصـرفه منفردا،و ليس للحاكم ضم آخر اليه،و تنفيذ الوكاله ان كان الموكل غائبا،بخلاف الوصايه،فإنه متى مات أحـد الوصـيين المجتمعين فان للحاكم نصب آخر يشاركه فى تنفيذ الوصايا،و الفرق بين الموضـعين أنه لا ـ ولا ـيه للحاكم هنا على الموكل،بخلاف الوصـى فإن النظر فى حق الميت و اليتيم اليه،فإذا مات أحد الوصـيين صار وجود الأخر كعدمه،فان الموصـى لم يرض برأيه منفردا و حيث كان الحاكم له النظر فى أمور الميت و اليتيم كان عليه أن ينصب شريكا للوصى فى تنفيذ الوصايا.

و مما ذكرنا يعلم بطريق أولى أنه لو غاب أحـد الوكيلين المشـروط اجتماعهما فليس للحاكم نصب أخر عوضه،و بـذلك صـرح فى التـذكره أيضـا،و علله بأن الموكل رشـيد جائز التصـرف،ليس للحاكم عليه ولايه،و أنت خبير،بأن هـذا التعليل إنما يجرى فى حضور الموكل،لا فى غيبته،و احتمال جواز ضم الحاكم فى صوره الموت و الغيبه قائم،سـيما فى مقام تطرق الضرر على الموكل ببطلان الوكاله،و بقاء أموره و ما وكل فيه فى معرض التلف،و تطرق الضرر،و الله سبحانه العالم.

### الثامنه [فى عدم بطلان وكاله الزوجه أو العبد بالطلاق أو الإعتاق] :

قالوا:لو وكل زوجته أو عبـده ثم طلق الزوجه و أعتق العبـد لم تبطل الوكاله،أما لو أذن لعبده فى التصـرف فى ماله ثم أعتقه بطل الإذن،لأنه ليس على حد الوكاله،بل هو اذن تابع للملك.

أقـول:الـوجه فى الحكـم الأـول هـو عـدم مـدخليته للزوجيـه و المملـوكيه فى صـحه الوكـاله،فلاـ منافـاه بيـن الطلاـق أو العتـق و بينها،فيستصحب حكمها فى الحالين

المذكورين،و يأتى مثل ذلك فى العبد لو باعه بعد أن وكله،و قلنا بصحه وكالته فيما إذا لم يمنع شيئا من حقوق المولى كما هو أحد القولين المتقدمين فى المسئله الثانيه من مسائل هذا المطلب،فتستصحب صحه الوكاله قبل البيع الى دخوله فى ملك المشترى فى هذه الصوره.

نعم لو منع ذلك شيئا من حقوق المولى أو قلنا بالتوقف على الاذن مطلقا كما هو المشهور اشترط فى صحتها اذن المشترى و رضاه بذلك.

و أما الوجه فى الحكم الثانى فقد عرفته من قوله لأن الإذن ليس على حد الوكاله،بل هو اذن تابع للملك،و الظاهر أن مرجع ذلك الى الفرق بين الأذن و الوكاله،و العبد هنا انما تصرف بالاذن من حيث وجوب الخدمه عليه لسيده، فهو مأذون من حيث أنه خادم فمنشأ التصرف انما هو ذلك،لا الوكاله فإن الوكاله أمر مستقل.

و بالجمله فإن النظر هنا يرجع الى قصد الموكل لا الى مجرد وقوع اللفظ بالإذن،فإن كان قصده فيه الوكاله المستقله كغيره من الوكلاء الأحرار كان ذلك وكاله،انما هو من حيث وجوب الخدمه عليه كسائر الخدمات التى يؤمر بها، فليس ذلك وكاله،بل اذن،و يترتب على كل منهما ما يلحقه من الأحكام و من جمله ما يترتب على الأذن هنا هو بطلانه بعد البيع و العتق،لانه تابع للملك، و قد زال بكل من السببين المذكورين،قال فى المسالك بعد قول المصنف فى الاذن بنحو ما ذكرنا من أنه ليس على حد الوكاله ما لفظه:قد عرفت فى أول الوكاله أن صيغتها لا تنحصر فى لفظ،بل تصح بكل ما دل على الأذن فى التصرف،و حينئذ فيشكل الفرق بين توكيل العبد،و الاذن له فى التصرف حيث لا تبطل الوكاله بعتقه، و يبطل الإذن الا أن يستفاد ذلك من القرائن الخارجه الداله على أن مراده من الأذن انما هو ما دام فى رقه،و مراده من الوكاله كونه مأذونا مطلقا،و حينئذ فلا فرق بين كون الإذن بصيغه الوكاله و غيرها،مع احتمال الفرق،فيزول

مع الاـذن المجرد،لاـ مع التوكيـل بلفظهـا،حملاـ لكـل معنى على لفظه:و يضـعف بمـا مر،فإن الوكاله ليست أمرا مغايرا للإذن،بل تتأدى بكل ما دل عليها، و لا فرق بين الصيغتين،انتهى.

أقول:لا ريب فى صـحه ما ذكره من أن الوكاله ليست إلا مجرد الأذن للوكيل فيما وكل عليه على النحو المتقدم،و يترتب أحكام الوكـاله على ذلـك،كمـا تقـدم تحقيقه،الا أن الكلام هنا بالنسـبه إلى أوامر السـيد لعبـده،فإنها لما كانت انما تقع غالبا على جهه الاسـتخدام المطلوب منه،فالإـذن المفهوم من هـذه الأوامر ليس على حـد الأذن المفهوم من تلك الأوامر الوارده فى الأخبار،مثل قول شـخص لآخر بع لى هذا أو اشتر لى كذا و نحو ذلك،فان المفهوم من الأخبار أن ذلك الاذن هنا وكاله شـرعيه،يترتب عليه مـا يترتب على الوكـاله من الأحكـام،بخلاـف أوامر السـيد على عبـده،من حيث أن الغـالب أن تلـك الأـوامر انمـا تقع على جهه الاسـتخدام،لأنهـا وكاله شـرعيه فى كل مقام،و الفرق بين الأمرين أظهر من أن يخفى على ذوى الأفهام،فحمل بعض أوامر السـيد لعبـده على الوكـاله يحتاج إلى قرينه ظاهره فى قصـد الوكاله ليترتب عليها ما يترتب على الوكاله،و الا فهى أعم من ذلك كما لا يخفى،و الله سبحانه العالم.

**التاسعه [فى صور التوكيل فى قبض حق من شخص مات قبل القبض] :**

قـالوا لو قـال:و كلتـك على قبض حقى من فلاـن لم تكن له مطالبه الورثه بعـد موته و قبل قبضه الحق،و لو قال له:و كلتك على قبض حقى الـذى على فلاـن كـان له ذلـك،و الفرق بين الصـيغتين أن الجـار و المجرور فى الصوره الأـولى و هو قوله من فلاـن متعلق بلفظ قبض،ففيه تعيين للمقبوض منه،و هو المديون، و لا يتعدى الى الوارث،فإنه غير المديون.

نعم يتعـدى الى وكيل المـديون،فيجوز القبض،لأن يـده كيـده،و هو نائب عنه و الفرق بينه و بين الوارث،ان الملك لم ينتقل الى الوارث بحق النيابه عن المورث و انما انتقل اليه بالملك أصاله بخلاف الوكيل،فان يده عليه انما هى بطريق النيابه.

ص :٧٢

و أما فی الصوره الثانیه فإن جمله الصله و الموصول فیها وقعت صفه للحق، و لیس فیه تعیین للمقبوض منه بوجه،بل الاذن معلق بقبض الحق الذی فی ذمه زید مثلا،فالوکیل یتبع الحق حیثما کان،و أینما کان،قال فی التذکره:لو وکله فی قبض دینه من فلان فمات نظر فی لفظ الموکل،فان قال:اقبض حقی من فلان بطلت الوکاله،و لم یکن له القبض من وارثه،لأنه لم یؤمر بذلک،و انما و کله فی قبض مبدأه من المدیون،و قد مات و ان قال:اقبض حقی الذی علی فلان أو الذی فی قبل فلان فله مطالبه وارثه،و القبض منه،لأن قبضه من الوارث قبض للحق الذی علی مورثه،فإذا قبض من الوارث لم یکن قبضا من فلان، لا یقال:لو قال اقبض حقی من زید فوکل زید إنسانا فی الدفع الیه کان له القبض منه فکذا ینبغی أن یقبض من الوارث لأن الوارث نائب الموروث،کما أن الوکیل نائب الموکل،لأنا نقول:الوکیل إذا دفع عنه بإذنه جری مجری تسلیمه، لأنه أقامه مقام نفسه،و لیس کذلک هنا،فان الحق انتقل إلی الورثه،فاستحقت المطالبه علیهم لا بطریق النیابه عن الوارث،و لهذا لو حلف ان لا یفعل شیئا حیث یفعل وکیله،و لا یحنث بفعل وارثه،انتهی.

فان قیل:وصف الحق بکونه من فلان یشعر بحصر القبض فیه،لأن الصفه إذا زالت بموته لم یکن الحق المتعلق بالوارث موصوفا بکونه فی ذمه فلان، و لا یکون هو الموکل فیه.

فالجواب أن الوصف انما یفید الاحتراز به عن دین آخر له فی ذمه شخص آخر،و لا اشعار فیه بتخصیص القبض،و مع فرض أنه لا یکون له دین آخر علی غیره فالصفه هنا لمجرد التوضیح،فیکون کما لو قال:بع عبدی النائم،أو الآکل أو ما شاکلهما من الأوصاف،فإن له بیعه و إن انتبه أو ترک الأکل،کذا حققه فی المسالک،و الله سبحانه العالم.

ص: ۷۳

## المطلب الخامس فيما تثبت به الوكاله:

### اشاره

و فيه مسائل

### الأولى [فيما تثبت به الوكاله] :

قالوا لا يحكم بالوكاله بدعوى الوكيل و لا موافقه الغريم ما لم يقم بذلك بينه و هى شاهدان،و لا تثبت بشهاده النساء و لا بشاهد و امرأتين،و لا بشاهد و يمين.

أقول:و تثبت أيضا بإقرار الموكل على نفسه،و يظهر من التذكره أن المستند-فى عدم ثبوتها بشهاده النساء و شهاده رجل و امرأتين أو شاهد و يمين- هو الإجماع،قال:و تثبت الوكاله بإقرار الموكل على نفسه أنه وكله،و بشهاده عدلين ذكرين،و لا تثبت بشهاده رجل و امرأتين،و لا بشهاده رجل و يمين عند علمائنا أجمع.

و ظاهر كلام المحقق هنا حيث نسب الحكم بذلك إلى قول مشهور التوقف، فان مرمى هذه العباره ذلك،و قال فى المسالك بعد نقل عباره المصنف المشعره بما ذكرنا هذا هو المذهب،و لا نعلم فيه مخالفا،و لأن متعلق الشاهد و اليمين و الشاهد و المرأتين الحقوق الماليه،و الغرض من الوكاله الولايه على التصرف،و المال قد يترتب عليها،و لكنه غير مقصود بالذات هيهنا و يشكل الحكم فيما لو اشتملت الدعوى على الجهتين،كما لو ادعى شخص على آخر وكاله بجعل،و أقام شاهدا و امرأتين أو شاهدا و حلف معه،و الظاهر أنه يثبت المال،لا الوكاله،و لا يقدح فى ذلك تبعض الشهاده،و مثله ما لو أقام ذلك بالسرقه،فإنه يثبت المال لا القطع، و لان المقصود بالذات هنا هو المال لا الولايه نعم لو كان ذلك قبل العمل اتجه عدم الثبوت،لأن إنكار الوكاله أبطلها،و المال لم يثبت بعد،و يمكن أن يكون نسبه المصنف القول إلى الشهره حينئذ المشعر بتوقفه فيه،لأجل ذلك،فيكون التوقف فى عموم الحكم لا فى أصله،انتهى.

و يمكن تطرق النظر و الاشكال إلى بعض مواضع هذا المقال،منها ما استظهره

ص:۷۴

من ثبوت المال دون الوكاله فيما لو ادعى الوكيل الجعاله عليها و أقام شاهدا و حلف معه،أو ضم إليه امرأتين،فإن فيه أنه لا ريب أن الجعاله فرع على الوكاله، تابعه لها كما هو المدعى،فكيف يثبت الفرع مع عدم ثبوت الأصل،و التابع مع عدم وجود المتبوع،بل هذا مما تنكره بديهه العقول.

و منها قوله فى السرقه أنه يثبت بذلك المال لا القطع،يعنى لو أقام شاهدا و امرأتين أو شاهدا مع اليمين على أن زيدا سرق يثبت المال المسروق،و لم يثبت القطع على السارق،مع أن هذين أعنى ثبوت المال و القطع معلولا عله واحده،و هى السرقه فإن ثبتت ثبتتا،و إلا فلا،فكيف يثبت بالبينه المذكوره أحدهما دون الآخر.

و بذلك يظهر بقاء الإشكال الذى ذكره لما عرفت من ضعف ما استظهره فإنه لا ينطبق على القواعد و الأصول بل هو مما تنكره بديهه العقول.

و منها جمله عباره المصنف المشعره بتوقفه على هذه الصوره الخاصه،و هى إنكار الموكل الوكاله قبل عمل الوكيل،فإنه بعيد غايه البعد،أما أولا فلأنها صوره نادره،لا يحسن أن يحمل عليها الإطلاق،و اما ثانيا،فإنه متى كان الإنكار فى الصوره المذكوره من مبطلات الوكاله،فلا معنى لفرض المسئله بإقامه الشهاده و اليمين معه،أو ضم المرأتين،فإنه إقامه بينه على أمر قد حصل بطلانه،بل لا يحسن فرضه،و التمثل به بالكليه كما لا يخفى على ذوى الذوق السليم.

و كيف كان فإنه لا مندوحه عن الحمل على ذلك و ان بعد،لاتفاق الأصحاب المعتضد بالأخبار الداله على اختصاص الثبوت بهذين الأمرين بالمال،و الوكاله ليست مالا،و إنما هى ولايه كما عرفت.

بقى الكلام هنا فى شيئين أحدهما ما قدمنا نقله عنهم من قولهم أنه لا يحكم بالوكاله بدعوى الوكيل و لا بموافقه الغريم ما لم يقم بينه،ينبغى تخصيصه بحصول المنازع فى الوكاله،بأن ينكرها الموكل،و الا فإن الظاهر أنه لو ادعاها و لا منازع له فإنه يصح تصرفه،و الشراء منه،لأن هذا أحد أفراد القاعده الكليه،و هى من ادعى

و لا منازع له فإنه يسمع دعواه،و على هذا عمل كافه الناس فى ارسالهم الوكلاء بأموالهم إلى البلدان البعيده التى يتعذر فيها إقامه البينه على الوكاله،و يبيعون و يشترى الناس منهم من غير نكير و لا توقف.و كان الأئمه عليهم السلام يفعلون كذلك يرسلون الوكلاء للتجاره لهم فى مصر و نحوها فلو لم يقبل دعوى الوكيل الوكاله فى ذلك لزم الحرج الشديد،و الضيق،و يؤيده قبول قول المرأه فى الخروج من العده، و موت الزوج (۱)و أنها حللت نفسها بتزويج محلل،ثم طلاقه لها،و خبر الكيس (۲)،الذى بين أولئك الجالسين فقال أحدهم لمن هذا الكيس الدراهم أو الدنانير؟فقال:أحدهم هو لى فقال عليه السلام هو له و بالجمله فالظاهر أن الحكم المذكور لا اشكال فيه،و لا شبهه تعتريه،و قد أشبعنا الكلام فى تحقيق هذه القاعده فى كتاب الزكاه فى مسئله ما لو ادعى الفقير الفقر هل يسمع دعواه أم لا؟ثم ان ظاهر كلامهم أنه فى صوره التوقف بالإثبات على الشاهدين،لا بد من ضم حكم الحاكم بذلك فى باب الوكاله و غيرها،الا ما استثنى من رؤيه الهلال،فإنه يكفى فيه مجرد السماع عن الشاهدين،كما هو ظاهر جمله من أخبار تلك المسئله،و قد تقدم تحقيقه فى كتاب الصيام.

قال فى التذكره:و لو قال يعنى الوكيل الذى شهد عدلان على وكالته ما أعلم صدق الشاهدين لم تثبت وكالته،لقدحه فى شهادتهما على اشكال،أقربه ذلك، ان طعن فى الشهود،و الا فلا،لأن الاعتبار بالسماع عند الحاكم،و جهله بالعداله مع علم الحاكم بها بنفسه أو بالتزكيه لا يضر فى ثبوت حقه،انتهى.

و ربما أشعر هذا الكلام بأنه مع معرفته عدالتهما،فإنه لا يحتاج إلى ضم حكم الحاكم،و كيف كان فهذا الفرض المذكور إنما يكون فى غير صوره النزاع بإنكار الموكل الوكاله و ادعاء الوكيل لها،و قد عرفت أنه لا تتوقف الوكاله



---

۱- ۱) الكافى ج ۵ ص ۴۶۲ باب أنها مصدقه على نفسها ح ۱ و ۲،الوسائل ج ۱۴ ص ۴۵۶ ح ۱.

۲- ۲) التهذيب ج ۶ ص ۲۹۲ ح ۱۷،الوسائل ج ۱۸ ص ۲۰۰ ح ۱.

هنا على البينه بل يقبل مجرد دعوى الوكيل لها من غير راد لدعواه،و لا منازع.

و ثانيهما أن الظاهر من كلامهم عدم ثبوتها بالاستفاضه حيث خصوا الثبوت بالإقرار و العدلين،و يحتمل أن يكون الحصر إضافيا بالنسبه إلى رجل و امرأتين أو رجل و يمين،و نحوهما من شهاده النساء،و شهاده رجل وحده،فلا ينحصر فى الأمرين المذكورين و يؤيده أنهم جمعوا بين العدلين،و الاستفاضه فى مواضع.

و الظاهر عدم الفرق بين هذه المواضع،الا أن الظاهر الوقوف على ما ثبت بالدليل،فإن الأحكام الشرعيه صحه و بطلانا و جوازا و تحريما يدور مدار الأدله الشرعيه،و قد ثبت هنا ثبوته بالإقرار،للأدله الداله على (۱)

«أن إقرار العقلاء على أنفسهم جائز». و العدلين للروايات الداله على الثبوت بهما فى جميع أبواب الدعاوى فغيرهما يتوقف على الدليل.

و ما ربما يتوهم من كون الاستفاضه ربما كانت أقوى من الشاهدين مدفوع بأن العمل بالشاهدين ليس من حيث افاده الظن،و حصول الظن بهما،كما قيل فإذا حصل ما هو أقوى منه ثبت به بطريق الأولويه بل إنما ذلك من حيث كونه تعبدا محضا فإنه كثيرا ما يحصل الظن الأقوى منهما بغيرهما من الأسباب، و مع ذلک فلا يجوز الحكم به،و لهذا ان بعض الأصحاب جعل شهاده الشاهدين إنما هى من قبيل الأسباب الموجبه للحكم على الحاكم الشرعى لا من حيث افاده الظن،و الله سبحانه العالم.

**الثانيه [فى عدم ثبوت الوكاله بالاستفاضه] :**

المشهور فى عبارات الأصحاب و كذا غيرهم أن شاهدى الوكاله إذا اختلفا فى تاريخ ما شهدا به لم تثبت الوكاله،و كذا لو اختلفا فى اللغه عربيه و فارسيه،و كذا فى العباره بأن يقول:أحدهما بلفظ و كلتك،و يقول الآخر:

بلفظ استنبتك،بل لا بد من اتفاقهما فى كل من هذه الأمور المذكوره،أما لو كانت



---

۱- ۱) التهذيب ج ۸ ص ۲۳۵ ح ۷۹ و ۸۰،الكافى ج ۷ ص ۲۱۹ باب ما يجب على من أقر على نفسه بحد و من لا يجب عليه الحد،الوسائل ج ۱۶ ص ۱۳۳ ح ۲ الباب ۳ من أبواب الإقرار.

الشهاده علی الإقرار بها فإنها لا یضر ذلک.

قال فی التذکره:من شرط قبول الشهاده اتفاق الشاهدین علی الفعل الواحد،فلو شهد أحدهما أنه وکله یوم الجمعه،و شهد الآخر أنه وکله یوم السبت لم تثبت البینه،لأن التوکیل یوم الجمعه غیر التوکیل یوم السبت،فلم تکمل شهادتهما علی فعل واحد،و لو شهد أحدهما أنه أقر بتوکیله یوم الجمعه و شهد أنه أقر یوم السبت،تثبتت الشهاده،لأن الإقرارین اخبار عن عقد واحد، و یشق جمع الشهود علی إقرار واحد لیقر عندهم فی حاله واحده،فجوز له الإقرار عند کل واحد وحده رخصه للمقر،و کذا لو شهد أحدهما أنه أقر عنده بالوکاله بالعربیه،و شهد الآخر أنه أقر بها بالعجمیه تثبتت الوکاله،و لو شهد أحدهما أنه وکله بالعربیه،و شهد الآخر أنه وکله بالعجمیه لم تثبت،لأن الإنشاء هنا متعدد و لم یشهد بأحدهما شاهدان،و کذا لو شهد أحدهما أنه قال:وکلتک،و شهد الآخر أنه قال:أذنت لک فی التصرف،أو قال:جعلتک وکیلا أو شهد أنه قال جعلتک جریا أی وکیلا لم یتم الشهاده،لاختلاف اللفظ،و لو شهد أحدهما أنه وکله،و شهد الآخر أنه أذن له فی التصرف،ثبتت الشهاده لأنهما لم یحکیا لفظ الموکل،و انما عبرا عنه بلفظهما و اختلاف لفظهما لا یؤثر إذا اتفق معناه،انتهی و علی هذا النهج کلامه فی سائر کتبه و غیره.

الا أن ظاهر کلام الشرائع هو صحه الشهاده فی صوره الاختلاف فی الوکاله کما فی الإقرار و ظاهره عدم الفرق بین الوکاله و الإقرار فی صحه الشهاده حیث قال:و لو شهد أحدهما بالوکاله فی تاریخ،و الآخر فی تاریخ آخر،قبلت شهادتهما نظرا إلی العباره فی الإشهاد،إذ جمع الشهود لذلک فی الموضع الواحد قد یعسر، و کذا لو شهد أحدهما أنه وکله بالعجمیه،و الآخر بالعربیه،لأن ذلک یکون إشاره إلی المعنی الواحد،و لو اختلفا فی لفظ العقد بأن یشهد أحدهما أن الموکل قال:وکلتک،و یشهد الآخر أنه قال:استنبتک لم تقبل،لأنها شهاده علی عقدین

إذ صيغه كل واحد منهما مخالفه للأخرى،و فيه تردد،إذ مرجعه إلى أنهما شهدا فى وقتين،أما لو عدلا من حكايه لفظ الموكل و اقتصرا على إيراد المعنى جاز، و ان اختلفت عبارتهما،انتهى.

أقول:الظاهر أن القول الأول هو الأنسب بالقواعد و الأصول،و الأقرب عند التأمل فى هذه النقول،لما تقدم فى كلام التذكره،و توضيحه أن الصيغه الواقعه فى أحد اليومين غير الواقعه فى اليوم الآخر،و كل واحده من الصيغتين المذكورتين لم يقم عليها شاهدان،بل شاهد واحد،و قول المحقق هنا فى تعليل ما ادعاه من الصحه،نظرا إلى العاده فى الإشهاد الى آخره لا معنى له،الا أن يحمل الاشهاد فى اليوم الثانى على الإقرار،لا على التوكيل،و هو خارج عن محل البحث و المدعى،لأن الصيغه متى حصلت فى اليوم الأول فقد تم العقد بها،و ما تأخر انما يكون إقرارا و اعترافا بها،و المدعى انما هو الشهاده على الوكاله و انها هل تثبت مع اختلاف التاريخ أم لا؟لا الإقرار،فيكون كلامه خروجا عن محل البحث ان حمل على إراده الإقرار،و الا فهو لا معنى له بالكليه لما عرفت،و الفرق بين الشهاده على التوكيل و الشهاده على الإقرار فى أنه تصح الشهاده فى الثانى مع الاختلاف فى التاريخ و نحوه مما تقدم،دون الأول،أن الوكاله إنشاء لا خارج له يقصد مطابقته،و الإقرار له خارج نفس أمرى يقصد بالأخبار مطابقته،و لا يلزم من تعدد الخبر تعدد الخارج،فإن الإنسان يفعل فعلا،و يخبر بذلك الفعل مرارا متعدده فى أوقات متعدده بألفاظ مختلفه أو متحده،و الأمر الخارج لا دخل له فى ذلك،و لا يتعلق به تعدد،و لا اختلاف بتعدد الاخبار و اختلافه.بخلاف الوكاله التى هى إنشاء لا واقع له يقصد مطابقته،فان تعدد زمانه و مكانه و اختلاف صيغته توجب اختلافه،و مع هذا الاختلاف فإنه لم يقم البينه الشرعيه،و هى العدلان على فرد من هذه الأفراد المختلفه،بل انما قام بها شاهد واحد،كما هو المفروض، و من أجل ذلك يثبت الإقرار مع الاختلاف دون الوكاله.

و أما قول المحقق الأردبيلی انتصارا لما ذکره المحقق هنا حیث قال بعد کلام فی المقام:أیضا لم نجد لهم دلیلا علی عدم اعتبار اتحاد الشاهد للقبول علی کل عقد من العقل و النقل،بل نجده مجرد الدعوی،فلم لا یجوز الاکتفاء بشاهد واحد فی کل عقد إذا کان مما یقبل التعدد،و لا یضره،فإنه من الجائز أن یقول عند شاهد عدل یوم الجمعه و کلتک،و فی یوم السبت عند آخر(وکیل کردم شما را)،لغرض من الأغراض مثل الاشهاد کما فی الإقرار الی آخره،ففیه أنه لا ریب أنه بالتوکیل فی یوم الجمعه قد حصلت الوکاله الشرعیه المترتب علیها أحکامها المقرره،و هذا التوکیل الثانی فی یوم السبت ان قصد به التوکیل، و الإنشاء کما هو المفهوم من کلامه فهو لا یخرجه عن اللغو فی القول،لما عرفت من ثبوت التوکیل و حصوله،و ترتب أحکام التوکیل علیه بلا خلاف،و ان أرید الإقرار و الاعتراف تم ما ذکره و لکنه خلاف ما أراده،و بذلک یظهر لک ما فی قوله،فلم لا یجوز الاکتفاء بشاهد واحد فی کل عقد إذا کان مما یقبل التعدد، فانی لا أعرف لقبول عقد الوکاله هنا التعدد دون غیره من العقود وجها،فإنه ان ثبت الوکاله بما یترتب علیها بالعقد الأول،فلا معنی لهذا التعدد،و الا فلا تورد، بل الثانی فی الحقیقه إنما یرجع الی الإقرار و الاعتراف کما هو ظاهر لمن تأمل بعین الإنصاف.

أقول:و مما یمکن أن یؤید به القول المشهور ما هو المفهوم من جمله من قضایا أمیر المؤمنین علیه السلام فی تفریق الشهود متی حصلت الریبه فی شهادتهم من الأخذ بالمشخصات الزمانیه و المکانیه و القولیه و نحو ذلک،و انه متی اختلفت الشهود فی ذلک أبطل شهادتهم و نقل علیه السلام مثله عن داود و دانیال علیهما السلام و الأخبار المشار إلیها مشهوره (۱)،و الله سبحانه العالم.

### الثالثه [فی صور ادعاء الوکاله عن غائب فی قبض ماله] :

#### اشاره

لو ادعی الوکاله عن غائب فی قبض ماله،و کان لذلک الغائب مال عند أحد فإن کان ثمه بینه علی الوکاله وجب تسلیم ذلک الیه،و ان لم تکن



---

۱- ۱) الوسائل ج ۱۸ ص ۲۰۲ ح ۱.

بينه فلا يخلو اما أن ينكر الغريم الوكاله،أو يصدقه،و على الثانى فاما أن يكون الحق عينا أو دينا فهنا صور أربع،

**الأولى:أن يقيم الوكيل البينه على دعوى الوكاله**

و قد عرفت أنه لا إشكال فى وجوب الدفع إليه،فى هذه الصوره دينا كان أو عينا.

**الثانيه:أن ينكر الغريم الوكاله و لا بينه**

فإنه لا يكلف بالدفع اليه لعدم البينه و عدم تصديقه،و قيل:لا يمين أيضا على الغريم،و من عنده المال هنا،لأن اليمين عندهم إنما يتوجه على من لو صدق يلزم بمقتضى تصديقه،كذا قيل،و فيه نظر سيأتى إنشاء الله ذكره،فلو دفع بناء على الظاهر مع كونه غير مكلف بالدفع ثم حضر الموكل و أنكر الوكاله فالقول قوله مع يمينه،فإذا حلف على نفى الوكاله رجع على الدافع و يرجع الدافع على مدعى الوكاله،لأنه إنما دفع اليه بناء على الظاهر، فإذا تبين خلافه و قد غرم للمالك رجع بذلك عليه بلا إشكال.

**الثالثه:أن يصدق الغريم مدعى الوكاله،و الحق الموكل فيه عين فى يده**

، و الحكم أنه لا يؤمر بالتسليم اليه لجواز كذبهما معا،و هذا الإقرار إنما تعلق بحق المالك فلا يسمع،لأن له أن يكذبهما معا،لكن لو دفع و الحال هذه جاز بناء على علمه بصحه الوكاله و تصديقه له فيها و لأنه لا منازع غيرهما الآن و يبقى الموكل على حجته،فإذا حضر و صدق الوكيل برئت ذمه الدافع،و ان كذبه فالقول قوله مع يمينه،فان كانت العين موجوده أخذها،و له مطالبه من شاء منهما بالرد،لترتب أيديهما عليها و ان تعذر ردها لتلف أو غيره،تخير فى الرجوع على من شاء منهما،لما عرفت من ترتب الأيدى عليها،فان رجع على الوكيل لم يرجع على الغريم مطلقا لاعترافه ببرائته بدفعها اليه،و ان رجع على الغريم لم يرجع على الوكيل ان تلفت فى يديه بغير تفريط لأنه عنده أمين حيث صدقه فى دعوى الوكاله،و إلا رجع عليه و منه يظهر أنه لا رجوع للغارم منهما على الآخر لو تلفت بغير تفريط منهما،لما عرفت،و لأنه مظلوم بزعمه،و المظلوم لا يرجع الا على ظالمه.

**الرابعه:الصوره بحالها و يكون الحق دينا**

،و هل الحكم هنا كما تقدم فى

تقدم فی سابق هذه الصوره أو أنه یجب الدفع الیه؟وجهان:للأول منهما أن تسلیمه إنما یکون عن الموکل،و لا یثبت إقرار الغریم علیه استحقاق غیره لقبض حقه، و لأن التسلیم لا یؤمر به إلا إذا کان مبرءا للذمه،و من ثم یجوز لمن علیه الحق الامتناع من تسلیمه لمالکه حتی یشهد علیه و لیس هنا کذلک،لأن الغائب یبقی علی حجته،و له مطالبه الغریم بالحق لو أنکر الوکاله،و للثانی ان هذا التصدیق انما اقتضی وجوب التسلیم من مال المقر نفسه،لا من مال الموکل،و إنکار الغائب لا یؤثر فی ذلک،فلا مانع من نفوذه،و لعموم إقرار العقلاء علی أنفسهم جائز.

أقول:و من أجل ذلک تردد فی الشرائع،و فی التذکره ذکر الوجه الثانی احتمالا،و لم یتعرض لذکر الوجه الأول،فقال:و ان کان دینا احتمل وجوب الدفع الیه،لاعترافه بأنه مستحق للمطالبه،و الفرق بین الدین و العین ظاهر، فان المدفوع فی الدین لیس عین مال الموکل،و أما العین فإنه عین مال الغیر، و لم یثبت عند الحاکم أنه وکیل،فلم یکن له أمره بالدفع،انتهی.

و ظاهر المسالک هنا اختیار الوجه الثانی حیث أجاب عن أدله الوجه الأول بعد ذکر ما نقلناه من أدله الوجه الثانی المتضمنه للجواب أیضا عن بعض تلک الأدله،فقال:و توقف وجوب التسلیم علی کونه مبرءا مطلقا ممنوع،و البراءه هنا بزعمه حاصله،و الاحتجاج بجواز الامتناع للإشهاد إنما یقتضیه علی المدفوع الیه،و هو ممکن بالنسبه إلی مدعی الوکاله،فوجوب الدفع هنا أوجه،انتهی.

ثم إنه لو حضر المالک و أنکر الوکاله فالقول قوله بیمینه،و یطالب الغریم و ان کان ما دفعه الغریم إلی الوکیل موجودا بعینه،لأن ذلک لیس مال المالک کما تقدمت الإشاره الیه،و إنما هو من مال الدافع،لأن الدین لا یتعین إلا بتعیین مستحقه،أو من یقوم مقامه و الحال أن هذا القابض لیس أحدهما نعم للغریم الرجوع علی الوکیل بما دفعه مع بقاء العین أو تلفها بتفریط لا بدونه،لأنه من حیث تصدیقه له علی الوکاله فهو أمین عنده،و الأمین لا یضمن

بدون تفريط،و يأتى بناء على الوجه الثانى من وجهى هذه الصوره أن الغريم لو لم يصدق المدعى كما تقدم فى الصوره الثانيه،و كـان الحق دينـا أنه لو ادعى عليه الوكيـل العلم بالوكـاله،فله عليه اليمين بعـدم العلم،لأـنه لو أقر لزمه التسـليم، و هى قاعـده كليه عندهم.

قال المحقق:و كل موضع يلزم الغريم التسليم لو أقر يلزمه اليمين إذا أنكر،فإطلاق عدم اليمين كما تقدم عن جمله منهم ثمه ليس فى محله،بل إنما يتم فى العين حيث أنه لا يلزم بدفعها بمجرد التصديق كما تقدم،و الله سبحانه العالم.

## المطلب السادس فى اللواحق:

### اشاره

و فيه مسائل

### الاولى [فى كون الوكيل أمينا] :

المشهور فى كلام الأصحاب بل ادعى عليه الإجماع أن الوكيل أمين لا يضمن الا مع التعدى أو التفريط،و قال فى شرح القواعد:

أنه يلوح من كلامهم أنه لا خلاف فى ذلك بين علماء الإسلام.

أقول:ان أريد بكونه أمينا هو قبول قوله بيمينه فى كل ما يدعيه من تلف المبيع و الثمن بعد قبضه،و رده على الموكل مثلا،و قبول قوله فى فعل مـا وكـل فيه و نحو ذلـك فكلامهم لا يساعـد عليه،و ان أريـد أن ذلك فى بعض هـذه الأفراد فالأولى التخصـيص بتلـك الأـفراد المراده،إلاـ أن تعليلاـتهم فى المقام يقتضـى العموم كما سـتقف عليه،و ها نحن نسوق لك جمله من عبائرهم فى المقام.

قال فى المسالك-بعد قول المصنف لو اختلفا فى التلف فالقول قول الوكيل لأنه أمين،و لأنه يتعذر إقامه البينه بالتلف غالبا فاقتنع بقوله دفعا لاـلتزام مـا تعـذره غـالب،ما لفظه-:المراد تلف المال الـذى بيـده على وجه الأمانه لتـدخل فيه العين الموكل فى بيعها قبله،و ثمنها حيث يجوز له قبضه بعده،و العين الموكل فى شرائها كذلك،و وجه القبول مع مخالفته للأصل بعد الإجماع ما ذكره

المصنف،و لا فرق بين أن يدعى تلفها بسبب ظاهر كالحرق و الغرق،أو خفى كالسرق عندنا،و فى حكمه الأب و الجد و الحاكم و أمينه و الوصى،و قد تقدم الخلاف فى قبول قول بعض الأمناء،انتهى.

و قال فى التذكره:الوكيل أمين،و يده يد أمانه لا يضمن ما يتلف فى يده الا بتعد أو تفريط،فان تلف ما قبضه من الديون و الأثمان أو الأعيان من الموكل أو غرمائه فلا ضمان عليه،سواء كان وكيلا بجعل أو بغير جعل،فان تعدى فيه كما لو ركب الدابه أو لبس الثوب أو فرط فى حفظه ضمن إجماعا،و كذا باقى الأمانات كالوديعه و شبهها،و بالجمله الأيدى على ثلاثه أقسام:يد أمانه كالوكيل و المستودع و الشريك،و عامل المضاربه،و الوصى و الحاكم و أمين الحاكم، و المرتهن و المستعير على وجه يأتى،و يد ضامنه كالغاصب و المستعير على وجه، و المساوم و المشترى شراء فاسدا،و السارق،و يد مختلف فيها،و هى يد الأجير المشترك كالقصار و الصائغ و الحائك و الصناع و ما أشبه ذلک،و فيها للشافعيه قولان،و عندنا أنها يد أمانه،إذا عرفت هذا فكل يد أمانه لا ضمان على صاحبها الا بتعد أو تفريط،لأنه لو كلف الضمان لامتنع الناس من الدخول فى الأمانات مع الحاجه إليها،فيلحقهم الضرر،فاقتضت الحكمه زوال الضمان عنهم،انتهى.

و قال فى موضع آخر:إذا ادعى الوكيل تلف المال الذى فى يده للموكل أو تلف الثمن الذى قبضه بثمن متاعه،و أنكر المالك قدم قول الوكيل مع يمينه، و عدم البينه،لأنه أمينه،فكان كالمودع،و لأنه قد يتعذر إقامه البينه عليه، فلا يكلف ذلک،و لا فرق بين أن يدعى التلف بسبب ظاهر،إلى آخر كلامه.

و قال فى موضع آخر:إذا اختلفا فى الرد فادعاه الوكيل و أنكره الموكل، فان كان وكيلا بغير جعل احتمل تقديم قول الوكيل،لأنه قبض المال لنفع مالكه،فكان القول قوله مع اليمين كالودعى،و يحتمل العدم،لأصاله عدم الرد، و الحكم فى الأصل ممنوع،و ان كان وكيلا بجعل،فالوجه أنه لا يقبل قوله،

لأنه قبض المال لنفع نفسه،فلم يقبل قوله فى الرد كالمستعير،و هو أحد قولى العامه.

و الثانى أن القول قول الوكيل،لأنه وكيل،فكان القول قوله كالوكيل بغير جعل،لاشتراكهما فى الأمانه،و سواء اختلفا فى رد العين أو رد ثمنها، و جمله الأمناء على ضربين:أحدهما-من قبض المال لنفع مالكه لا غير،كالمودع و الوكيل بغير جعل،فيقبل قولهم فى الرد عند بعض الفقهاء من علمائنا و غيرهم لأنه لو لم يقبل قولهم لامتنع الناس عن قبول الأمانات،و لحق الناس الضرر، و الثانى-من ينتفع بقبض الأمانه كالوكيل بجعل،و المضارب،و الأجير المشترك و المستأجر،و المرتهن،فالوجه أنه لا يقبل،و هذا الكلام مؤذن بأن الوكيل ليس أمينا مطلقا،و إلا لقبل قوله فى الرد،و سيأتى مزيد تحقيق لهذا الحكم إنشاء الله تعالى فى مسائل النزاع.

و قال فى مواضع آخر إذا ادعى الوكيل الرد الى الموكل،فالأقوى أنه يفتقر إلى البينه،ثم نقل عن الشافعى تقسيم الأمناء إلى ثلاثه أقسام:قسم يقبل قوله فى الرد بيمينه،و هم المودعون،و الوكلاء بغير جعل،و منهم من لا يقبل إلا ببينه و هم المرتهن و المستأجر،و منهم من اختلف فيه على وجهين،و هم الوكلاء بجعل و الشريك،و المضارب،و الأجير المشترك الى آخره.

و هذا الكلام يؤذن بأنه لا فرق بين الوكيل بجعل و غيره فى عدم قبول قوله إلا بالبينه،مع أن ظاهره فى الكلام الأول التردد فيما إذا لم يكن الوكاله بجعل،و قال فى موضع آخر:إذا وكله فى بيع أو هبه أو صلح أو طلاق أو عتق أو إبراء أو غير ذلك،ثم اختلف الوكيل و الموكل فادعى الوكيل أنه تصرف كما أذن له،و أنكر الموكل و قال:لم يتصرف بعد،فإن جرى هذا النزاع بعد عزل الوكيل لم يقبل قوله إلا ببينه،لأن الأصل العدم،و بقاء الحال كما كان و ان جرى قبل العزل فالأقرب أنه كذلك،و أن القول قول الموكل،لأن الأصل

العدم الی آخره،و سیأتی الکلام فی هذه المسئله أیضا،و تصریح غیره بخلاف ما صرح به،و مرجعه الی الخلاف فی قبول قول الوکیل و عدمه،و بذلک یظهر لک أن ما ادعی من الإجماع المتقدم ذکره غیر تام إلا فی صوره دعوی التلف،حیث أن ظاهرهم الاتفاق علی قبول قول الوکیل فیه.

و أما دعوی الرد و دعوی التصرف فهو محل خلاف و اشکال عندهم،مع أن التعلیل الذی ذکروه فی قبول دعوی التلف زائدا علی الإجماع،و هو لزوم امتناع الناس عن قبول الأمانات مع إلجاء الحاجه إلی ذلک،جار فی هذین الأمرین.

و بالجمله فإن المسئله لعدم النص فی هذه الأفراد المعدوده،بل فی أصل مسئله الوکاله لا یخلو من الاشکال،و الإجماع المدعی لو سلم حجیته غیر تام، و التعلیلات المذکوره فی کلامهم لا تصلح لتأسیس الأحکام الشرعیه کما تقدم ذکره فی غیر مقام،و الأصاله متعارضه فی بعض هذه المواضع،فإن أصاله العدم فی دعوی الوکیل التصرف فیقدم قول الموکل،معارضه بأصاله براءه الذمه،و عدم الغرم و حمل أفعال المسلمین علی الصحه مهما أمکن،کما یشیر الیه کثیر من الأخبار الا أنه یمکن أن یقال:لا یخفی أن مقتضی الأخبار التی تقدمت فی کتاب الودیعه داله علی النهی عن اتهام من ائتمنه،المشعر ذلک بقبول قوله فی جمیع ما یدعیه، کون الوکیل کذلک و أن کان بجعل،لأن الجعل إنما هو فی مقابله السعی و العمل،و هو غیر مناف للایتمان،و لا ریب أن الایتمان فی الوکاله أشد و أبلغ منه فی الموادعه،لأنه فی الوکاله مؤتمن علی الحفظ و التصرف بجمیع أنواع التصرفات المأذون فیها،بخلاف الودعی فإنه مأمون علی الحفظ خاصه،و لا ریب أیضا أن الایتمان الذی رتبت علیه هذه الأحکام فی الودیعه لیس إلا عباره عن الوثوق بالمدفوع إلیه فی عدم الخیانه،و المخالفه لأمر المالک،و لهذا وردت الأخبار (۱)



---

۱- ۱) الکافی ج ۵ ص ۲۹۹ ح ۴،الوسائل ج ۱۳ ص ۲۲۸ ح ۸ المنقول مضمون الأحادیث.

«ما خانک الأمین،و لکن ائتمنت الخائن». ،بمعنی أنه متی حصلت الخیانه من المدفوع الیه فالتقصیر إنما هو منک،حیث لم تثبت فی الفحص عن حال المدفوع الیه،و کونه أمینا و الا فمتی ثبت عندک أمانته و الوثوق به،فإنه لا یحصل منه خیانه،و الایتمان بهذا المعنی مشترک بین جمیع الأمناء ودعیا کان أو وکیلا أو مستعیرا أو مرتهنا.

و به یظهر أن الفرق الذی ذکروه بین هذه الافراد-باعتبار مصلحه تعود علی الأمین و لا یقبل قوله،و عدمها فیقبل-لیس بموجه،نعم قد استثنی بعض المواضع فی مسئله الإعاره من هذه القاعده،فیقتصر فیه علی مورد النص،و هذا هو الظاهر عندی من الأخبار المشار إلیها،و ان کان کلامهم علی ما عرفت من الاختلاف و الاضطراب فی جمیع هذه الأبواب،و الله سبحانه العالم.

## الثانیه [فی وجوب تسلیم الوکیل ما فی یده إلی الموکل مع المطالبه و عدم العذر] :

### اشاره

یجب علی الوکیل تسلیم ما فی یده إلی الموکل مع المطالبه و عدم العذر،بل یجب علی کل من فی یده مال لغیره،أو فی ذمته ذلک،فلو امتنع و الحال کذلک ضمن،الا أن له الامتناع حتی یشهد صاحب الحق له بالقبض.

و تفصیل هذا الإجمال یقع فی مواضع-

### الأول [وجوب الدفع مع الطلب و إمکان الدفع] :

لا ریب فی وجوب الدفع مع الطلب و إمکان الدفع،و أنه لو امتنع و الحال هذه ضمن،قالوا:و لیس المراد به القدره العقلیه،بحیث یدخل فیها فعل ما یمکنه فعله من المبادره،و ان کان علی خلاف العاده،بل یرجع ذلک إلی العرف شرعا،ثم إلی العرف العام،و یعذر بما عد عذرا فیهما،و ان کان مقدورا کإکمال الصلاه عند الطلب فی أثنائها، و ان کانت نقلا،و التشاغل بها عند ضیق الوقت و ان کان الطلب قبل الشروع فیها عذر شرعی،و الفراغ من الحمام و أکل الطعام و نحو ذلک من الأعذار العرفیه،کذا صرح به فی التذکره،مع أنه فی باب الودیعه من الکتاب المذکور حکم بأنه لا یعذر فی ردها مع الطلب الا بتعذر الوصول إلی الودیعه،و إکمال الصلاه الفرض دون النفل،و غیره من الأعذار العرفیه فضیق الأمر فی الودیعه،

ص: ٨٧

و وسعه فی الوکاله،و الحال أن العکس کان هو الأنسب،لأن الأمر فی الودیعه أسهل حیث أنها مبنیه علی الإحسان المحض و الأنسب بالسهوله،و الوکاله قد یتعلق بها أغراض للوکیل،کالجعل فیها و نحوه،فلا أقل من المساواه.

قال المحقق الأردبیلی فی شرح الإرشاد:الظاهر أنه لا خلاف فی وجوب تسلیم مال الغیر إلی مالکه مع طلبه،و القدره علی التسلیم مطلقا،وجوبا فوریا وکیلا-کان أو غریما،أو مستعیرا أو ودعیا و کذا فی خروج الأمین عن الأمانه فیصیر ضامنا بالتأخیر کالغاصب،و إنما الخلاف فی بطلان ما ینافی الدفع من العبادات، و القوانین الأصولیه تقتضی البطلان علی تقدیر بقاء الوجوب،لوجوب الفوریه فی الدفع،و عدم استثناء وقت العباده،و عدم کون العبادات مضیقه،و هو ظاهر بل نجد الاتفاق فی ذلک بعد التأمل،حیث نجد أن القائل بالعدم یقول به، و کذا الحکم فی کل الفوریات کالزکاه و الخمس و المال الموصی به للفقراء،بل ما دفع للصرف فی مصرف،الا أنه لا یشترط هنا المطالبه إذا کان المصرف عاما مثل الزکاه و الخمس،فإنه لا یتوقف علی الطلب،إذ لیس له مطالب معین،صرح به فی الدروس،انتهی.

أقول:ما ذکروه من الاختلاف فی الحکم ببطلان ما ینافی الدفع من العبادات مبنی علی العمل بالقاعده الأصولیه المشهوره،و هی أن الأمر بالشیء هل یقتضی النهی عن ضده الخاص أم لا-؟و حیث انه کان من القائلین باقتضاء الأمر ذلک،بل المبالغین فی تشیید هذا القول،حکم بالبطلان فی جمیع هذه المواضع المعدوده.

و فیه أولا ما قدمنا تحقیقه فی کتاب الطهاره (1)من أن الأظهر عدم العمل بهذه القاعده،و ما یترتب علیها من الفائده،و لا بأس بذکره هنا و ان استلزم التکرار لدفع ثقل المراجعه علی النظار،سیما مع عدم حضور ذلک الکتاب المشار الیه بید من أراد الوقوف علیه.



---

1- 1) ج 1 ص 59.

فأقول:التحقيق عندی و ان أباه من ألف بالقواعد الأصوليه إنا متی رجعنا فی الأحكام الشرعيه إلی الأدله العقليه التی لا تقف علی حد و لا ساحل،و لو طويت لها المراحل،و لهذا كثرت فی هذه المسئله الأبحاث،و صنفت فيها الرسائل،أو تصادمت فيها من الطرفين الدلائل و اضطربت فيها أفهام الأفاضل أشكل الأمر،أی إشكال و صار الداء عضالا و أی عضال،و الحق أن الأحكام الشرعيه توقيفيه من الشارع لا مسرح للعقول فيها،و لو كان لهذه المسئله أصل مع عموم البلوی بها لخرج عنهم عليهم السلام ما يدل عليها أو يشير إليها،و حيث لم يخرج عنهم عليهم السلام فيها شیء سقط التكليف بها،إذ لا تكليف الا بعد البيان و لا مؤاخذه إلا بعد إقامه الحجه و البرهان، و هذا يرجع فی التحقيق إلی ما قدمنا ذكره فی غير موضع من كتب العبادات، و به صرح الأمين الأسترآبادی من الاستدلال بالبراءه الأصليه،و العمل بها فيما يعم به البلوی من الأحكام،هذا مع أن القول بذلك موجب للحرج و الضيق المنفيين بالآيه و الروايه،و الإجماع،فإنه لا يخفی أنه لا يكاد أحد من المكلفين فارغ الذمه من واجب من الواجبات البدنيه أو الماليه،و اللازم علی هذا القول الذی ذكروه بطلان عباداتهم و صلواتهم فی غير ضيق الوقت،و بطلان نوافلهم و مستحباتهم، و عدم الترخص فی أسفارهم و لزوم الإثم و المؤاخذه فی جمله أفعالهم من أكل و شرب و نوم و نكاح،و مغدا و مجیء،و نحو ذلك،لأن الغرض أنهم منهيون عن هذه الأضداد الخاصه،و النهی حقيقه فی التحريم،فأی حرج و ضيق أعظم من ذلك.

و من أظهر ما يدل علی عدم التكليف بهذه الأمور التی لم يرد فيها حكم بنفی و لا إثبات،

قول مولانا الصادق عليه السلام فی روايه إسحاق بن عمار (۱)أن عليا عليه السلام كان يقول:

أبهموا ما أبهم الله».

و ما رواه

الشيخ المفيد (۲)عن مولانا أمير المؤمنين عليه السلام قال:

«قال



---

۱- ۱) البحار ج ۲ ص ۲۷۲ ح ۵ الباب ۳۳ من أبواب كتاب العلم.

۲- ۲) المستدرک ج ۳ ص ۲۱۷ ح ۴ الباب ۳،البحار ج ۲ ص ۲۶۳ ح ۱۱ الباب ۳۳ من أبواب كتاب العلم.

رسول الله(صلی الله علیه و آله و سلم)أن الله تعالی حد لکم حدودا فلا تعتدوها، و فرض علیکم فرائض فلا تضیعوها،و سن لکم سننا فاتبعوها،و حرم علیکم حرمات فلا تنهکوها،و عفی لکم عن أشیاء رحمه من غیر نسیان فلا تتکلفوها». و ما رواه

الفقیه (۱)فی خطبه أمیر المؤمنین علیه السلام قال فیها:

ان الله تعالی حد حدودا فلا تعتدوها،و فرض فرائض فلا تنقصوها،و سکت عن أشیاء لم یسکت عنها نسیانا فلا تتکلفونها،رحمه من الله تعالی فاقبلوها». و لا ریب أن هذه المسئله داخله فیما سکت الله تعالی عنه فتکلف البحث فیها کما ذکره أصحابنا تبعا للعامه العمیاء فی کتبهم الأصولیه،رد علی ما دلت علیه هذه الاخبار،و کم لهم مثل ذلک، کما لا یخفی علی من جاس خلال الدیار.

و مما یؤکد ذلک ما تکاثرت به الأخبار

عنهم علیهم السلام (۲)

من النهی عن القول بما لم یسمع منهم،و لا یرد عنهم،و الکف و التثبت حتی یسأل».

و منه

حدیث صاحب البرید (۳)المروی فی الکافی قول الصادق علیه السلام فیه

«أما انه شر علیکم أن تقولوا بشیء ما لم تسمعوه منا».

و فی معناه أخبار عدیده،و بذلک یظهر لک ما فی قوله ان القوانین الأصولیه یقتضی البطلان،فان فیه کما عرفت أن القوانین الشرعیه الثابته عن أهل العصمه علیهم السلام تقتضی الصحه،و هی الأولی و الأحق بالاتباع،و ان کانت قلیله الاتباع من حیث عدم التأمل فیها،و الرجوع فی ذلک إلیها،و الظاهر أن من وقف علی ما شرحناه لا یخالف فی صحه ما اخترناه.

و ثانیا أنه من المعلوم الذی لا یداخله الشک و الریب أن أصل هذا العلم الذی هو علم الأصول انما هو من العامه و قد کانت العامه زمن الأئمه علیهم السلام کالشافعی و أبی حنیفه و أحمد بن حنبل و أضرابهم عاکفین علی هذا العلم،و صنفوا فیه الکتب



---

۱- ۱) الفقیه ج ۴ ص ۵۳ ح ۱۵،الوسائل ج ۱۸ ص ۱۲۹ ح ۶۱.

۲- ۲) الکافی ج ۱ ص ۴۲ ح ۵۰،الوسائل ج ۱۸ ص ۱۱۲ ح ۳.

۳- ۳) أصول الکافی ج ۲ ص ۴۰۲ فی ضمن ح ۱،الوسائل ج ۱۸ ص ۴۷ ح ۲۵.

و یستدلون به علی مطالبهم،و یستنبطون به أحکامهم،و لم یکن لهذا العلم رواج فی الأحکام بین أصحاب الأئمه علیهم السلام من الشیعه،لاستغنائهم بالسؤال من أئمتهم فی جمله أحکامهم،و لو کان هذا العلم کما یدعیه من سماه بعلم الأصول أصل أصیل فی الأحکام الشرعیه کیف غفل الأئمه علیهم السلام عن تعلیمه للشیعه فی زمانهم،و نشره لهم حیث أنه لم یبق نقیر و لا قطمیر من الأحکام و السنن و الآداب و جمیع ما یمر بالإنسان و یعرض له إلا خرجت به الأخبار،و تکاثرت به من أکله و شربه و نومه،و یقظته، و تزویجه و نکاحه،و سفره و لبس الثیاب و ضرب الخلاء و نحو ذلک،فکیف ینبهون علی هذه الأمور و یترکون أهم الأشیاء و أشدها حاجه،و هی الأصول التی یبنی علیها الأحکام الشرعیه،و تستنبط منها،ما هذا الأعجب عجاب عند ذوی الألباب و ذیل الکلام واسع فی الباب،یوجب التطویل به الخروج عن موضوع الکتاب، و الله سبحانه العالم.

و ثالثا:أنه ما ذکره من الفوریه فی الزکاه و الخمس و المال الموصی به للفقراء و نحو ذلک لا أعرف علیه دلیلا،إذ لیس الا مجرد الأمر بالإخراج و الأمر لا یستلزم الفور،کما هو المشهور بین محققیهم،علی أنه قد دلت الاخبار علی تأخیر الزکاه الشهر و الشهرین،و فی بعض الأخبار (1)قید ذلک بعزلها و إثباتها، و قد ورد جواز حمل الخمس الی الامام (2)من البلدان البعیده مع وجود المستحق،و کل ذلک ینافی الفوریه.

### الثانی [حق الامتناع حتی یشهد له صاحب الحق بالقبض] :

أن ما ذکر من أن له الامتناع حتی یشهد له صاحب الحق بالقبض أحد القولین فی المسئله،و قیل:بالتفصیل بأنه ان کان مما یقبل قول الدافع فیه، و لا یتوجه علیه ضرر،بترک الإشهاد کالودیعه،و شبهها،فلیس له الامتناع، و الا فله الامتناع إلی الإشهاد،کالدین و الغصب و نحوهما و ربما قیل بتفصیل آخر أیضا بالنسبه إلی هذا القسم الأخیر،بأنه ان کان هناک بینه بالحق فله الامتناع



---

١- ١) الکافی ج ٣ ص ٥٢٢ ح ٣،الوسائل ج ۶ ص ٢١٣ ح ٢.

٢- ٢) الوسائل ج ۶ ص ٣٧۵ الباب ٣ من أبواب الأنفال.

حتی یشهد،و الا فلا،مثلا المدیون ان کان علیه بینه بالدین،فلا یدفعه الی صاحبه حتی یشهد له علی القبض،و ان لم یکن علیه بینه بذلک،فإنه و ان لم یقبل قوله بالدفع لو أقر بالدین،إلا أنه یمکنه التخلص بوجه آخر،و هو أن ینکر أصل الحق بأن یقول:لا یستحق عندی شیئا،فیقبل قوله بیمینه کالأول لأنه منکر.

أقول:و الذی وجدته فی فتاوی من حضرنی کلامه هو القول الأول،و هذه التفاصیل لم أقف علی قائل بها منا و ان نقلت مجمله فی کتب أصحابنا نعم نسبها فی التذکره إلی الشافعیه،و احتج من ذهب من أصحابنا إلی القول الأول بأن تکلف الیمین ضرر عظیم-و ان کان صادقا و أذن الشارع فیها،و یترتب الثواب علیها-خصوصا فی بعض الناس من ذوی المراتب فان ضرر الغرامه علیهم أسهل من ضرر الیمین.

أقول:و یعضد ما ذکره من تحمل ذوی المراتب ضرر الغرم تفادیا من الیمین حدیث علی بن الحسین علیه السلام (1)مع زوجته الشیبانیه الخارجیه لما طلقها و ادعت علیه مهرها عند قاضی المدینه فأنکر علیه السلام فألزمه القاضی الیمین فأمر ابنه الباقر علیه السلام بدفعه إیاها إجلالا لله سبحانه أن یحلف به،و ان کان صادقا.

قال المحقق الأردبیلی بعد الکلام فی توقف التسلیم علی الاشهاد کما ذکره الأصحاب:و اعلم أن فی فتح هذا إشکالا،إذ قد یتعذر وجود عدلین مقبولین خصوصا فی زماننا هذا،و فی أکثر البلدان فإن أهلها یمتنعون عن الصلاه جماعه بل صارت معدومه بالکلیه،لعدم العدل مع سهوله الأمر فی ذلک،و أن یرتکبوا الطلاق مع صعوبه الأمر فیه بالنص و الإجماع،و کذا فی بعضها عن الطلاق أیضا حتی قال الشهید الثانی و السید المعاصر تلمیذه انه لو قیل:بعدم جواز التقصیر للعاصی بسفره،لم یجز لأحد التقصیر الا نادرا لترکهم الواجبات العینیه،و عدم إمکان تحصیلها فی السفر،فهو معصیه و ان کان فیه بحوث قد مضت،منها أنه



---

١- ١) الکافی ج ٧ ص ۴٣۵ ح ۵،الوسائل ج ١۶ ص ١۴٢ ح ١.

مبنی علی أن الأمر بالشیء یستلزم النهی عن ضده الخاص،و هو لا یقول به،فلا یبعد عدم الجواز مع التعذر أو التعسر المستلزم لمنع صاحب المال عن ماله الذی یدل العقل و النقل علی قبحه،خصوصا إذا استلزم فوت المصالح مع أنا ما نعرف دلیلا واضحا علی جواز ذلک المنع،الا ما أشیر و هو احتمال لزوم الیمین،و هو لا یعارض العقل و النقل،علی أنه قد لا یلزم،بل قد تعلم من صاحب المال انتفاء ذلک و أنه لا محذور فیه،و علی تقدیره لیس بأشد من منع المال عن مالکه،مع أنه لا یعانده فی تکلیفه أیضا بذلک،لعدم حضور الحاکم فی ذلک البلد،و الشهود إنما تنفع مع الحاکم علی ما قالوه،و أنه قد یسد أبواب المعامله مثل الدیون،و العاریه، و الإجاره،و غیرها فالمنع عن مثله-لاحتمال بعید-اعتمادا علی أمر غیر متحقق، إذ قد لا یکون الحاکم أو یموت الشهود،أو یخرج عن شرط القبول بعید، خصوصا ممن یقبل قوله،و لهذا خص البعض بما علیه البینه.

و بالجمله الحکم الکلی مشکل جدا،الا أن یکون علیه نص أو إجماع و الله یعلم،انتهی و هو جید لعدم الدلیل علیه،و الأصل العدم،و یخرج ما ذکره مؤیدا لذلک.

و أما الإجماع فلم ینقل فی المقام،بل ظاهر عباره التذکره إنما هو العدم، حیث جعل القول بالإشهاد مطلقا هو الأقرب،إیذانا باحتمال غیره و بالجمله فإن التمسک بالأصل أصل رزین حتی یقوم الدلیل علی خلافه،و لیس الا هذه التعلیلات العلیله کما عرفت فی غیر موضع.

### الثالث [فی سماع دعوی تلف المال قبل الامتناع و عدمه] :

قد عرفت أنه إذا امتنع من الرد بعد المطالبه من غیر عذر کان ضامنا،لکن لو ادعی تلف المال قبل الامتناع أو ادعی الرد قبل المطالبه فهل تسمع دعواه و بینته بذلک؟أم لا،و تفصیل ذلک أن الامتناع من الرد ان کان مجرد تقصیر و مطل،فالظاهر أن هذا لا یمنع من قبول قوله و سماع بینته بدعوی التلف قبل الامتناع،أو الرد قبل المطالبه،إذ لا منافاه بینهما،و هو و ان کان

يضـمن بالامتناع،الا أن هـذه الـدعوى متقـدمه على وقت الامتناع و الرجوع إلى الضـمان،و حصول أحد الأمرين المذكورين قبل الامتناع بهـذا المعنى ممكن، و حينئـذ يقبل الـدعوى بذلك،و تسـمع البينه،و ان كان الامتناع بالجحود فلا يخلو اما أن يرجع إلى نفى الحق عن نفسه،بأن يقول:لا حق لك عندى أو لا يلزمنى دفع شـىء إليك،أو يرجع إلى إنكار قبضه و تسـلمه منه بالكليه،بأن يقول:مـا قبضت منـك شـيئا و على الأـول منهمـا،فـالحكم كمـا تقـدم،بل أوضـح، لأنه متى ادعى التلف قبل الامتناع أو الرد قبل المطـالبه،فامتناعه بهـذا المعنى لا يكـذب تلك الـدعوى،بل يؤكـدها فإنه متى تلف منه أورده صـدق أنه لا حق لك عنـدى و لا يلزمنى دفع شـىء إليـك،و أمـا على الثـانى فهو محـل الخلاف فى المسـئله، فقيل بعـدم قبول دعواه،و ان أقام البينه و هو مـذهب العلاـمه فى أكثر كتبه، قال فى التـذكره لو أنكر الوكيل قبض المال،ثم ثبت ذلك ببينه أو اعتراف، فادعى الرد أو التلف لم يقبل قوله لثبوت خيـانته،لجحوده،فإن أقام بينه بما ادعاه من الرد و التلف،لم يقبل بينته،و للعامه وجهان:أحـدهما لا يقبل كما قلناه،لأنه كـذبهما لجحوده،فـان قوله ما قبضت يتضـمن أنه لم يرد شـيئا،و الثانى يقبل لأنه يـدعى الرد و التلف قبل وجود خيانته،و ان كان صوره جحوده ذلك لا تستحق على شيئا أو مالك عندى شـىء سـمع قوله مع يمينه،لأن جوابه لا يكذب ذلك،لأنه إذا كان قد تلف أورده فليس له عنـده شـىء،فلاـ تنـافى بين القولين، الاـ أن يـدعى أنه رد أو تلف بعـد قوله مالك عنـدى شـىء،فلا يسـمع قوله،لثبوت كذبه و خيانته،انتهى.

و قيل بقبول قوله و سماع بينته،و هو اختيار الشرائع قال فى المسالك:

و وجه ما اختاره المصنف من القبول جواز استناد إنكاره إلى سهو و نسيان،و عموم (۱)

«البينه على المدعى و اليمين على من أنكر». و يقوى ذلك ان أظهر لإنكاره هذا التأويل و نحوه،انتهى.

ص:۹۴

---

۱- ۱) المستدرک ج ۳ ص ۱۹۹ ح ۵ الباب ۳.

و ظاهر المحقق الأردبيلى التردد هنا حيث قال:و لكن لو أظهر لجحوده و إنكاره القبض أولا وجها،مثل أن قال:كنت نسيت أو خفت أن لا تسمع دعوى التلف،فيلزمنى المال فأنكرت هل يسمع ذلك أم لا؟فيه تردد،من حيث إمكانه، و الحمل على الصحه،و أنه أمين،و من حيث أن فتح هذا الباب يصير سببا لبطلان كثير من الحقوق،فتأمل،و لعل الأول أقرب.

هذا كله فيما لو كانت الدعوى بالتلف أو الرد قبل الجحود،أما لو كانت بعده بأن قال:إنى قبضت بعد ذلك الزمان الذى جحدت فيه،و رددته إليك أو تلف،فإنه و ان لم يصدق و لم يقبل قوله بمجرده،لظهور خيانته لكن يقبل دعواه، و تسمع بينته،لإمكان ذلك و عدم المنافاه،و غايته أن يكون بجحوده متعديا ضامنا،و ذلك لا ينافى قبول دعواه و سماع بينته،فإذا أقام البينه على الرد الذى ادعاه ثبت الحكم،و سقطت المطالبه.

و أما دعوى تلف العين فإنه و ان برئت ذمته من رد العين بالبينه أو اليمين الا أنه يلزمه المثل أو القيمه من حيث الضمان المترتب على الخيانه،و بالفرق بين صورتى القبليه و البعديه هنا صرح العلامه فى الإرشاد،و فى غيره أطلق عدم سماع دعواه،و الله سبحانه العالم.

**الثالثه [فى حكم دفع الموكل عينا إلى وكيله و أمره بالإيداع عند زيد] :**

قال فى التذكره:لو دفع الى وكيله عينا و أمره بايداعها عند زيد فأودعها،و أنكر زيد فالقول قوله مع اليمين،فإذا حلف برىء،و أما الوكيل فان كان قد سلمها بحضره الموكل لم يضمن،و ان كان بغيبته ففى الضمان اشكال و للشافعيه وجهان:أحدهما انه يضمن كما فى الدين،لأن الوديعه لا تثبت إلا بالبينه و الثانى لا يضمن،لأن الودعى إذا ثبت عليه-بالبينه-الإيداع،كان القول قوله فى التلف و الرد فلم تفد البينه شيئا،بخلاف الدين،لأن القضاء لا يثبت إلا بها،انتهى.

أقول:المشهور فى كلامهم هو الفرق بين الوكاله فى قضاء الدين،و الوكاله فى الإيداع،بأنه فى الأول لو لم يشهد الوكيل على القضاء ضمن،و فى الثانى

لا يضمن،و على هذا فيجب الاشهاد فی الأول دون الثانی،و وجه الأول أن برأيه الذمه ظاهرا و باطنا الذی هو مطلوب الموكل- انما يتحقق بالإشهاد،و كذا الأمر الموكل فيه انما يتحقق بالإشهاد،فإنه متى أنكر صاحب الدين القبض من الوكيل و لا بينه،فكأنه لم يأت الوكيل بما و كل فيه،و لم يأت بما أمر به الموكل فيكون ضامنا بخلاف الإيداع،فإنه لا يلزمه الاشهاد،و لا يضمن لو تركه،لأن الودعی أمين،و قوله مقبول،أشهد عليه أو لم يشهد،فلا يظهر للإشهاد فائده.

الا ـ أنه يمكن أن يقال:ان الأصل العدم فی الموضعين،و مطلق الأمر فی كل من الموضعين لا يدل على الاشهاد،و يؤيده أن الوكاله مطلقه لا تقييد فيها بالإشهاد،و يؤيده أن الوكاله قد حصل الامتثال بإنفاذ ما وكل فيه،فيجوز من دون الإشهاد،إلا أن يقوم دليل من خارج على الإشهاد،كالوكاله فی الطلاق مثلا،و الظاهر أنه لا إجماع فی القضاء،و لهذا ان ظاهر المحقق فی الشرائع التردد فی ذلك،و يؤيده ما تقدم فی كلام المحقق ذكره،و يؤيده أيضا أن فيه سد باب قبول الوكاله لما يتطرق اليه من الضرر الا أن يكون جاهلا فيعذر.

و بالجمله فالمسئله كغيرها لا يخلو من الاشكال لعدم النصوص القاطعه لماده القيل و القال فی أمثال هذا المجال،و الله سبحانه العالم.

### الرابعه [فی بيان مواضع لزوم الضمان و عدمه] :

#### اشاره

قالوا:لو تعدى الوكيل فی مال الموكل ضمنه،كلبس الثوب، و ركوب الدابه الموكل ببيعهما،و لكن لا تبطل وكالته بذلك،و لو باع ما تعدى فيه و سلمه الى المشتری بریء من ضمانه.

أقول:أما الحكم الأول فالظاهر انه لا ـ خلاف فيه إلا من بعض العامه كما ذكره فی المسالك،و فيه أن العلامه فی المختلف قد نقل ذلك عن ابن الجنيد أيضا حيث قال:تعدى الوكيل فيما و كل فيه بما يلزمه الغرم و الضمان مبطل للوكاله.

و كيف كان فهو ضعيف،و الوجه فی بقاء الوكاله و عدم بطلانها و ان ضمن بالتعدی أن الوكاله تضمنت شيئين،الأمانه،و الاذن فی التصرف،فإذا تعدى زالت

الأمانه،و بقى الإذن بحاله،و نظيره الرهن،فإنه متضـمن لشـيئين الأمانه و التوثيق فإذا بطل الأول بالتعدى لا يلزم منه بطلان الثانى،و هذا بخلاف الوديعه،حيث أنها أمانه محضه،فبالتعدى تزول و تبقى مضمونه.

و أما الحكم الثانى فـالوجه فيه أنـك قـد عرفت بقاء الوكاله و عـدم زوالها بالتعـدى،و حينئـذ فإذا باع تلك العين و سـلمها إلى المشترى زال الضـمان عنه إجماعـا كمـا نقله فى التـذكره،لاسـتقرار ملـك المشترى عليه،و زوال ملـك الموكل عنه، لأنه تسـليم مأذون فيه،فيجرى مجرى قبض المالك.

بقى الكلام هنا فى مواضع

### الأول:هل يخرج من الضمان بمجرد البيع قبل التسليم أم لا؟

وجهان:يلتفتان إلى أنه قـد خرج عن ملك المالك،و دخل فى ملك المشترى و ضـمانه،فلا ضـمان على الوكيل حينئذ،و الى أنه ربما بطل العقد بتلفه قبل قبض المشترى،فيكون التلف على ملك الموكل،قال فى المسالك و هذا أقوى.

و فى التـذكره بعـد أن قرب هـذا الوجه أولاـ و ذكر أنه أصـح وجهى الشافعيه ذكر الوجه الأول و علته،و قال بعـد:و نحن فيه من المترددين.

### الثانى إذا باع ما فرط فيه و قبض الثمن فى صوره الجواز

كان الثمن أمانه فى يده،غير مضمون عليه،و ان كان أصله مضمونا،لانه لم يتعد فيه و قد قبضه باذن الموكل،فيخرج عن العهده.

### الثالث:لو تعدى فى هذا الثمن بعد قبضه

أو دفع اليه نقـدا يشترى به شـيئا فتعـدى فيه صار ضامنا له،فإذا اشترى به و سـلمه الى البائع زال الضـمان بالتقريب المتقـدم،و هل يزول بمجرد الشراء؟الوجهان المتقدمان.

### الرابع:

قد عرفت أنه إذا تعدى فى العين ثم باعه و سـلمها إلى المشترى برىء من الضـمان إجماعا،لكن لو ردها المشترى عليه،بعيب قال فى التـذكره:عاد الضـمان،و قال فى المسالك:و فى عود الضـمان وجهان:أجودهما العـدم،لانتقال الملك إلى المشترى بالعقـد،و بطلان البيع من حينه لا من أصله،انتهى.

أقول:مقتضی ما ذکره من الانتقال إلی المشتری بالعقد أن الانتفاعات بالمبیع و النماء مده الخیار للمشتری،و ان فسخ العقد و رد المبیع بالعیب بعد ذلک،الا أنه قد تقدم فی کتاب المبیع أن الاخبار فی ذلک مختلفه،و أخبار خیار الحیوان متفقه علی أن تلفه فی زمن الخیار من مال البائع و هو مؤذن بعدم الانتقال للمشتری، و لهذا نقل عن بعض الأصحاب أن منفعه المبیع فی زمن الخیار و النماء انما هو للبائع،و حینئذ فلا استبعاد فی أن الفسخ هنا یبطل البیع من أصله و الله سبحانه العالم.

## الخامسه [فی جواز بیع الوکیل من نفسه فی صوره الإذن] :

المشهور بین الأصحاب أنه إذا أذن الموکل للوکیل فی بیع ماله من نفسه أو الشراء له من نفسه جاز و نقل عن الشیخ و من تبعه المنع للتهمه،و لأنه یصیر موجبا قابلا،و رد بمنع التهمه مع الاذن،و مراعاه المصلحه المعتبره فی کل وکیل،و جواز تولی الواحد من الطرفین عندنا کذا فی المسالک.

و عندی فیه نظر،فان ظاهر کلام الشیخ و خلافه فی هذه المسئله انما هو فی صوره الإطلاق،لا فی صوره التصریح بالاذن،و بذلک صرح فی التذکره، فقال:إذا وکله فی بیع شیء فان جوز له أن یشتریه هو،جاز أن یبیعه علی نفسه،و یقبل عن نفسه،و ان منعه من ذلک لم یجز أن یشتریه لنفسه إجماعا،و ان أطلق منع الشیخ من ذلک،لأنه قال:جمیع من یبیع مال غیره و هم سته أنفس، الأب و الجد و وصیهما،و الحاکم و أمینه و الوکیل،لا یصح لأحد منهم أن یبیع المال الذی فی یده من نفسه إلا لاثنین،الأب و الجد،و لا یصح لغیرهما الی آخره و هو ظاهر کما تری فی أن خلاف الشیخ إنما هو فی صوره الإطلاق،لا الاذن کما ذکره.

و منه یعلم أنه لا خلاف مع الاذن،و إنما الخلاف مع الإطلاق،ثم ان ظاهرهم أنه لا فرق فی ذلک بین الوکاله فی بیع أو عقد نکاح أو غیرهما فی أنه یصح مع الاذن،مع أنه

قد روی عمار (1)فی الموثق قال:

«سألت أبا الحسن علیه السلام عن



---

1- 1) التهذیب ج 7 ص 378 ح 5،الوسائل ج 14 ص 217 ح 4.

المرأه تكون فی أهل بيت و تكره أن يعلم بها أهل بيتها أ يحل لها أن توكل رجلا يريد أن يتزوجها؟تقول له:قد وكلتك فاشهد علی تزويجی؟قال:

لا،قلت:جعلت فداك و ان كانت أيما؟قال:و ان كانت أيما،قلت:و ان وكلت غيره يزوجها،قال:نعم»». و أنت خبير بأن هذه الروايه صريحه فی المنع مع الاذن و الظاهر أنه ليس إلاـ من حيث تولی طرفی العقد،و لكن موردها النكاح خاصه،فيمكن أن يقال:بذلك فی غيره أيضا نظرا إلی أن الأصل عصمه مال المسلم و عصمه الفروج،حتی يقوم الدليل علی صحه العقد،و مجرد الأذن كما ادعوه لا يوجب الصحه،إذ يمكن أن يكون المانع هو تولی طرفی العقد،و ان جاز ذلك فی الأب و الجد مع الإغماض عن المناقشه فيه أيضا.

و جمله أدلتهم التی استندوا إليها فی جواز تولی الواحد طرفی العقد لا يخلو عن خدش،كما نبهنا عليه فی ما تقدم من كتاب البيع فی المسئله الخامسه من المقام الثانی من الفصل الأول فی البيع (۱)فليراجع اليه من أحب الوقوف عليه، إلاـ أن المفهوم من بعض الاخبار الوارده فی هذا المقام كما ستظهر لك ان شاء الله هو أن المنع إنما هو من حيث خوف التهمه و الخيانه،و هو مشعر،بأنه مع الاذن الموجب لارتفاع ذلك فإنه يصح،و حينئذ فينبغی الفرق فی ذلك بين البيع و النكاح، و يخص المنع بالنكاح،للخبر المذكور،هذا كله مع الاذن.

أما مع الإطلاق فالمشهور بين أكثر الأصحاب من المتقدمين و المتأخرين هو المنع،و هو مذهب العلامه فی غير التذكره و المختلف،و ذهب فی الكتابين المذكورين إلی الجواز علی كراهيه،و نقل عن أبی الصلاح و هو مذهب الدروس، و الأظهر هو القول المشهور،و يدل عليه أن الأصل عدم جواز التصرف فی مال الغير عقلا و نقلا الا مع الاذن،و المفروض عدمه،فإن الإطلاق لا يدل عليه.

و الظاهر أن من قال بالجواز إنما قال ذلك من حيث دعوی فهم الأذن من



---

۱- ۱) ج ۱۸ ص ۴۱۷.

الإطلاق،و حینئذ فمطرح النزاع فی أنه هل یفهم الاذن من الإطلاق أم لا؟و الا فالظاهر أنه لا نزاع مع عدم فهمه،و حینئذ فالذی یدل علی عدم فهمه زیاده علی الأصل المتقدم عدم ظهور الدلاله،لأن المتبادر من قوله بع هذا الشیء هو البیع علی الغیر عرفا و عاده،یدل علی ذلک جمله من الأخبار،و قد تقدمت فی المقدمه الثانیه فی آداب التجاره فی مسئله ما لو قال انسان للتأجر:اشتر لی متاعا (۱)و منها

موثقه إسحاق بن عمار (۲)قال:

«سألت أبا عبد الله علیه السلام عن الرجل یبعث إلی الرجل یقول:ابتع لی ثوبا فیطلب له فی السوق،فیکون عنده مثل ما یجد له فی السوق فیعطیه من عنده،قال:لا یقربن هذا،و لا یدنس نفسه،ان الله عز و جل یقول (۳)«إِنّٰا عَرَضْنَا الْأَمٰانَهَ عَلَی السَّمٰاوٰاتِ وَ الْأَرْضِ وَ الْجِبٰالِ فَأَبَیْنَ أَنْ یَحْمِلْنَهٰا(وَ أَشْفَقْنَ مِنْهٰا)وَ حَمَلَهَا الْإِنْسٰانُ إِنَّهُ کٰانَ ظَلُوماً جَهُولاً» و ان کان عنده خیر مما یجد فی السوق فلا یعطیه من عنده».

و روایه علی بن أبی حمزه (۴)قال:

«سمعت عمر الزیات یسأل أبا عبد الله علیه السلام قال:جعلت فداک إنی رجل.

أبیع الزیت یأتینی من الشام فآخذ لنفسی مما أبیع؟قال:ما أحب لک ذلک،قال:إنی لست أنقص لنفسی شیئا مما أبیع،قال بعه من غیرک،و لا تأخذ منه شیئا أ رأیت لو أن الرجل قال لک:لا أنقصک رطلا من دینار،کیف کنت تصنع لا تقربه.

فظاهر هذا الخبر أن بیع الرجل من نفسه أو شرائه لنفسه لا یدخل تحت الإطلاق الذی اقتضته الوکاله،و الا فإن مقتضی إطلاق الوکاله صحه البیع و الشراء بما یراه الوکیل و فعله،فلا معنی لقوله علیه السلام بالنسبه إلیه لو أن الرجل قال لک:



---

۱- ۱) ج ۱۸ ص ۳۲.
۲- ۲) التهذیب ج ۶ ص ۳۵۲ ح ۱۲۰،الوسائل ج ۱۲ ص ۲۸۹ ح ۲.
۳- ۳) سوره الأحزاب-الایه ۷۲.
۴- ۴) التهذیب ج ۷ ص ۱۲۸ ح ۲۹،الوسائل ج ۱۲ ص ۲۹۰ ح ۲.

لا أنقصک رطلا من دینار لو کان داخلا تحت الإطلاق،و نحوها الموثقه المتقـدمه،فإنه لا معنی لکونه یـدنس نفسه،و یخوفه فی الأمانه مع کونه داخلا تحت إطلاق الوکاله.

و فی روایه میسر (۱)قال:

قلت له یجئنی الرجل فیقول لی اشتر لی فیکون ما عنـدی خیرا من متاع السوق قال:إذا أمنت أن لا یتهمک فأعطه من عنـدک، و ان خفت أن یتهمک فاشتر له من السوق».

و فی هذا الخبر دلاله علی أن المنع من ذلک فی هذه الأخبار إنما هو من حیث خوف التهمه،و فیه اشعار بالجواز بل دلاله ظاهره علی ذلـک مع الأـمن من التهمه،و حینئـذ فمع الاذن صـریحا کما تقـدم،فالجواز بطریق الأولی کما تقـدمت الإشاره إلیه،إلی غیر ذلک من الأخبار المتقدمه فی الموضع المتقدم ذکره.

و منه یعلم أنه لیس المنع فیما دل علی المنع من حیث تولی طرفی الإیجاب و القبول،و قد تقدم مزید توضـیح لذلک فی المسئله الخامسه من المقام الثانی من فصل البیع (۲)علی أنه ان أریـد بطرفی الإیجاب و القبول،هو قول البائع بعتک مثلا،و قول المشتری قبلت کمـا هو ظـاهر هـذه العبـاره،و هو مرادهم فهـذا لیس علیه دلیـل و لاـ أثر فی الأخبار و ان اشـتهر بینهم،و إنما الموجود فیها الإیجـاب بلفـظ الأـمر کقوله اشتر لی أو بع هـذا،و نحو ذلـک،و القبول إنما هو فعل ما أمر به،و هو القبول الفعلی بمعنی أنه أمره بالبیع فباع أو الشـراء فیشتری و نحو ذلک و حینئذ فبیعه علی نفسه إنما هو عباره عن أن یأخذ ذلک الشیء المأمور ببیعه لنفسه،و یـدفع ثمنه من ماله،کما هو المسـتفاد من هـذه الأخبار المذکوره هنا و نحوها،و قد عرفت أن هذا النهی إنما هو من حیث خوف التهمه،و حینئـذ فمع تسـلیم صـدق تولی الطرفین علی هذه الصوره فإنه لا مانع من هذه الجهه،و إنما،المنع من الجهه المذکوره،و ان اختص ذلک بالصوره المذکوره الأولی کما هو ظاهر کلامهم،

ص: ۱۰۱

---

۱- ۱) الفقیه ج ۳ ص ۱۲۱ ح ۱۷،الوسائل ج ۱۲ ص ۲۸۹ ح ۴.
۲- ۲) ج ۱۸ ص ۴۱۷.

و قد عرفت أنه لا وجود له فی الأخبار بالکلیه.

و استدل فی المختلف علی ما ذهب إلیه من الجواز بأدله ذکرناها فی مسئله ما لو قال:انسان للتأجر اشتر لی من المقدمه الثانیه فی آداب التجاره (۱)و بینا بطلانها فلیرجع الیه من أحب الوقوف علیه،و قد تلخص مما ذکرناه أنه مع الاذن فالظاهر الصحه فی البیع أو الشراء،و مع الإطلاق فالظاهر المنع إلا مع أمن التهمه،و أما تعلیل المنع بتولی طرفی العقد فلا دلیل علیه إلا فی النکاح،کما عرفت من الروایه المتقدمه،و باقی ما یتعلق بالمسئله المذکوره من الفروع و التحقیق یرجع فیه إلی الموضعین المتقدمین المشار إلیهما،و الله سبحانه العالم.

## المطلب السابع فی التنازع:

### اشاره

و فیه أیضا مسائل

### الاولی:فی الاختلاف فی الوکاله و لو أحقها

#### اشاره

و فیه صور:

منها

#### الاختلاف فی أصل الوکاله

،فیحلف المنکر لها ان لم یکن بینه،لأن القول قوله بیمینه،حیث أن الأصل العدم،و هذا فیما إذا ادعی العامل الوکاله، و أنکرها المالک،ظاهر.

أما إنکار الوکیل فإنه بحسب الظاهر لا معنی له،حیث أن الموکل لا حق له یدعیه لیتحقق إنکاره،الا أنه یمکن فرض ذلک فیما لو کان التوکیل فی شیء مشروطا فی عقد لازم،و شرط إیقاعه فی وقت معین،کیوم الجمعه مثلا،ثم حصل الاختلاف فی الوکاله بعد انقضاء ذلک الوقت،فادعی الموکل الوکاله لیتم له العقد، و أنکرها الوکیل لیتزلزل العقد،و یتسلط علی الفسخ،و کما أن القول قول الموکل لو أنکر الوکاله کذلک،لو اتفقا علی أصل الوکاله،و اختلفا فی بعض الکیفیات أو المقادیر،کما إذا قال الوکیل:و کلتنی فی بیعه کله أو بیعه نسیئه أو شرائه بعشرین،و قال الموکل:بل ببیع بعضه أو بیعه نقدا أو شرائه بعشره فالقول قول الموکل،لأن الأصل عدم الاذن فیما یدعیه الوکیل،و لأن



---

۱- ۱) ج ۱۸ ص ۳۲.

الاذن صادر عن الموكل،و هو أعرف بحال الاذن و مقاصده الصادره منه، و لأنه كما كان القول قوله فی أصل العقد،كذلك فی صفته،و الظاهر أنه لا خلاف فيه.

و منها

## الاختلاف فی التلف

،و ظاهر كلامهم الاتفاق على أن القول قول الوكيل بيمينه،لأنه أمين،و يتعذر عليه إقامه البينه بالتلف غالبا،و قد تقدم نقل جمله من عبائرهم فی المسئله الاولى من سابق هذا المطلب،بل ظاهر عباره المسالك دعوى الإجماع على ذلك،الا أن فيه ما عرفت فی الموضع المشار اليه من أن الإجماع المدعى ان كان على حكم التلف خاصه،فإن أحدا لم يدعه،و ان كان ظاهر كلامهم الاتفاق على ذلك،و ان كان على كونه أمينا و ترتب أحكام الأمين عليه،فكلامهم و اختلافهم فی بعض الأحكام المتفرعه على ذلك ينافی دعوى الإجماع المذكور.

و كيف كان فالقول قول الوكيل بيمنه فی دعوى التلف بالنسبه إلى العين الموكل فی بيعها،و ثمنها لو كان وكيلا فی قبضه،أعم من أن يكون التلف بسبب ظاهر أو خفی.

و منها

## الاختلاف فی الرد

،و المشهور أنه ان كان وكيلا بجعل فعليه البينه،و لا يقبل قوله،و الا فالقول قوله بيمينه كالودعی،و الوجه فی هذا التفصيل أنه مع عدم الجعل أمين،و قد قبض المال لمجرد مصلحه المالك،فكان محسنا محضا،و كل ما يدل على قبول قول الودعی-من قولهم ان عدم قبول قوله يؤدی إلى الاعراض عن قبول النيابه فی ذلك،و هو ضرر عظيم-يدل عليه هنا.

و أما مع الجعل،فإنه قبض المال لمصلحه نفسه،فجرى مجرى المرتهن و المستعير،فلم يقبل قوله،و للخبر المتفق عليه (۱)

«البينه على المدعی و اليمين



---

۱- ۱) المستدرك ج ۳ ص ۱۹۹ ح ۵ الباب ۳.

على المنكر». خرج منه الأول من حيث أنه أمين و بقى ما عداه.

و قيل:ان القول قول الموكل،بيمينه مطلقا،سواء كان الوكيل بجعل أو بدونه،و وجهه أن الأصل عدم الرد،و الخبر المتفق عليه،و أجيب عن الوجوه المتقدمه فيما إذا لم تكن بجعل أن كونه أمينا لا يستلزم القبول،كمن قبضه لمصلحه نفسه مع كونه أمينا،و الضرر يندفع بالإشهاد،و التقصير فى تركه إنما هو منه،و كونه محسنا لا ينافى عدم قبول قوله فى الرد،و كونه من جمله السبيل المنفى عنه،يندفع بأن اليمين عليه سبيل أيضا،و ليس بمندفع.

أقول:و هذه الوجوه المستدل بها و أجوبتها لا يخلو من المناقشات التى ليس فى التعرض لها مزيد فائده بعد ما عرفت فى غير موضع مما تقدم من أنها لا تصلح لتأسيس الأحكام الشرعيه،و إنما المدار فيها على النصوص المعصوميه، و المستفاد منها كما تقدم تحقيقه-فى ذيل المسئله الاولى (۱)من مسائل سابق هذا المطلب-هو أن الأمين وكيلا كان أو غيره بجعل كان أو بغير جعل،يقبل قوله فيما ادعاه من تلف أورد أو غيرهما،و أن هذه الاخبار الداله على ذلك أخص من الاخبار الداله على ما ذكروه من تلك القاعده و هى«أن البينه على المدعى و اليمين على المنكر»التى استندوا إليها هنا فى تقديم قول الموكل،و مقتضى القواعد الشرعيه تقديم العمل بهذه الأخبار،لأنها أخص،و يخصص ما استندوا إليه من تلك القاعده بها.

و بذلك يظهر لك بطلان الوجه العقلى الذى استندوا إليه فى الفرق بين الودعى و الوكيل بغير جعل،و بين غيرهما ممن له مصلحه فى تلك المعامله،و أن الأول محسن محض فلا يضمن،بخلاف الثانى،فإنه مجرد تخريج لا دليل عليه، كما اعترف بذلك فى المسالك فى كلام قدمنا نقله عنه فى كتاب العاريه قال فيه:و هذه العله ليست منصوصه و إنما هى مناسبه،و هو جيد.



---

۱- ۱) ص ۸۳.

و بـالجمله فالعمل على الأخبار و هى كما حققناه داله على ما ذكرنا، و لكنهم لغفلتهم عن ملاحظه الأخبار،و عـدم الاطلاع عليها انجرت بهم المناقشه إلى الوديعه أيضا،حيث أن ظاهرهم أن المستند فيها انما هو الإجماع.

قـال فى المسالـك فى هـذا المقـام بعـد البحث فى المسـئله:و الحق أن قبول قول الودعى ان كـان خارجـا بالإجمـاع الفـارق فهو الفارق،و الا فلا فرق،و فى الإجماع بعد و قد تقدم الكلام فيه،انتهى.

و هو ظاهر فيما قلناه،حيث انهم نظروا الى أخبار (۱)

«البينه على المدعى و اليمين على المنكر». خاصه،و لم يطلعوا على تلك الأخبار التى خصصنا بها هذه القاعده،و هى كما عرفت ظاهره فى المدعى،و الله سبحانه العالم.

و منها

### ما إذا ادعى الوكيل التصرف فيما وكل فيه

،مثل قوله:بعت ما وكلتنى فى بيعه أو قبضت ما وكلتنى فى قبضه،و أنكر الموكل ذلك،فقيل:

القول قول الوكيـل،و به جزم العلامـه فى الإرشاد من غير خلاف،و قربه فى القواعـد و جزم فى التـذكره بتقـديم قول الموكل ان كان النزاع بعد عزل الوكيل، و استقرب كون الحكم كذلك أيضا قبل عزله،و قد قدمنا عبارته بذلك فى المسئله الاولى (۲)من مسائل سابق هذا المطلب،و توقف فى التحرير،و قال فى الشرائع ان القول قول الوكيل،لأنه أقر بماله أن يفعله،و لو قيل:القول قول الموكل أمكن،لكن الأول أشبه.

قـال فى المسالـك:وجه الأشـبهيه انه أمين،و قـادر على الإنشـاء،و التصـرف اليه،و مرجع الاختلاف الى فعله،و هو أعلم به و وجه تقديم قول الموكل ظاهر لأصاله عدم الفعل.

أقول:و الأقرب عندى الرجوع الى ما قدمناه من التحقيق فى المقام،



---

۱- ۱) التهذيب ج ۶ ص ۲۲۹ ح ۴،الفقيه ج ۳ ص ۲۰ ح ۱،المستدرک ج ۳ ص ۱۹۹ ح ۵ الباب ۳.
۲- ۲) ص ۸۵.

و مقتضاه أن القول قول الوكيل،لأنه أمين،و قضيته ذلك قبول قوله فی التصرف و غيره و الله و سبحانه العالم.

و منها

### ما لو اختلفا فی قدر الثمن المشتری به

،فقال فی المبسوط:ان القول قول الوكيل،لأنه أمين،فيقبل قوله كما يقبل فی التسليم و التلف،و قال الفاضلان ان القول قول الموكل،لأنه غارم و منكر،و لأصاله عدم الزياده،و احتمل الشهيد فی شرح نكت الإرشاد أن القول قول الموكل ان كان الشراء فی الذمه و قول الوكيل ان كان الشراء بالعين و نقله عن القواعد.

و قال فی المسالك-بعد فرض المسئله فی كلام المصنف بما إذا كان وكله فی ابتياع عبد فاشتراه بمائه،فقال الموكل اشتريته بثمانين،و ذكر القولين فی المسئله ما صورته-:التقدير أن المبيع يساوی بمائه كما ذكره فی التحرير، و إلا لم يكن الشراء صحيحا لما تقدم من حمل إطلاق الاذن على الشراء بثمن المثل،و وجه تقديم قول الوكيل،أن الاختلاف فی فعله و هو أخبر،و أن الظاهر ان الشیء انما يشتری بقيمته،و هو قوی،و وجه تقديم قول الموكل أصاله برأيه الذمه من الزائد،و لأن فی ذلك إثبات حق للبائع على الموكل،فلا تسمع،و لا فرق فی ذلك بين كون الشراء بالعين أو فی الذمه،لثبوت الغرم على التقديرين،انتهی.

أقول:و مقتضى ما ذكرناه من التحقيق المتقدم العمل لقول الشيخ و الله سبحانه العالم.

و منها

### ما لو ادعى الوكيل أنه قبض الثمن و تلف فی يده،فأنكر الموكل القبض

،فان كان الدعوى بعد تسليم المبيع للمشتری فالقول قول الوكيل بيمينه مع عدم البينه،لأنه أمين،و الأصل عدم الغرامه،و لأنه لو لم يقبل يلزم سد باب التوكيل،و لأن دعوى الموكل يتضمن خيانته مع كونه أمينا،و قد عرفت من الأخبار المتقدمه النهی عن تهمته،و وجه تضمن دعوى الموكل عدم القبض الخيانه هو أن الدعوى بعد تسليم المبيع للمشتری كما هو المفروض،فيلزم على دعواه

أن يكون قد سلم المبيع قبل أن يتسلم الثمن،مع أنه لا يجوز تسليم المبيع إلا بعد قبض الثمن كما تقرر بينهم و ان كان الدعوى قبل تسليم المبيع،بل هو باق فی يد الوكيل قالوا:القول قول الموكل،لأن الأصل عدم الأخذ،و لا يلزم الخيانه و لا يلزم سد الباب،كذا قيل و فيه تأمل.

### تذنيب [فی قبول قول الوصی فی الإنفاق] :

قد صرحوا بأن القول قول الوصی فی الإنفاق،دون تسليم المال الی الموصی له،و كذا القول فی الأب و الجد و الحاكم مع اليتيم،إذا أنكر القبض بعد بلوغه و رشده،قال فی المسالک:و ظاهرهم هنا عدم الخلاف فی تقديم قول الموصی له أو اليتيم فی عدم القبض،و هو يؤيد تقديم قول الموكل فيه،للاشتراک فی العله، بل ربما كان الإحسان هنا أقوی.

أما الإنفاق فخرج من ذلک،مع أن الأصل عدم ما يدعيه المنفق لعسر إقامه البينه عليه فی كل وقت يحتاج اليه،فيلزم العسر و الحرج المنفيين،بخلاف تسليم المال،انتهی.

أقول:لما كان المستند عندهم فی عدم تضمين الأمين من وكيل و غيره، و قبول قوله إنما هو آيه (1)«مَا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ» و أن الودعی و الوكيل بغير جعل فعلا إحسانا محضا،فلا يلحقهما الضمان،بل يقبل قولهما استدل بعدم الخلاف فی تقديم قول الموصی له أو اليتيم علی تقديم قول الموكل فی إنكار الدفع اليه،و ان لم يكن الوكاله بجعل،لأنه مع الجعل كما عرفت،فالقول قول الموكل عندهم،بل ربما كانت العله الموجبه لقبول قوله و هو الإحسان أقوی فی جانب الوكاله،لأنه يتصرف له و يبيع و يشتری و يسعی بغير جعل،و لا ريب أن الإحسان فی هذه الحال أزيد منه فی حفظ الوصی،و الولی الشرعی مال الموصی

ص:107

---

1- 1) سوره التوبه-الايه 91.

الیه،و الیتیم،و الدفع إلیهما.

و أنت خبیر بأنک إذا رجعت الی الأخبار التی قدمناها فی الودیعه دلیلا علی ما ذکرناه من کون الأمین مقبول القول فیما یدعیه،بل لا یمین علیه و ان کان خلاف المشهور بینهم،وجدت أن موردها أنما هو من دفع ماله الی غیره بعنوان الودیعه،أو الوکاله،أو نحوهما،لا من کان عنده مال لغیره بعنوان الوصایه أو الولایه الشرعیه،لأن موردها النهی عن اتهام من ائتمنه،بمعنی تصدیقه فیما یدعیه،و نحوها أخبار (۱)

«ما خانک الأمین،و لکن ائتمنت الخائن». بالتقریب الذی تقدم ذیلها.

و بالجمله فإن الخطاب بقبول قول الأمین إنما توجه للذی دفع الیه المال بمعنی أنک ائتمنته،و وثقت بدیانته و أمانته،فلا تتهمه بعد ذلک،بل صدقه فیما یدعیه و یقوله،و ما ذکر هنا من الوصی و الأب و الجد و الحاکم و ان کانوا أمناء،إلا أنهم لا یدخلون فی عنوان تلک الأخبار،بحیث یلحقهم الحکم المتفرع علی الأمین فیها من سماع قوله،فاستدلاله غیر تام،و هو نظر الی صدق الأمین فی الموضعین و اعتمد علی التعلیل العقلی الذی اعتمدوه،و لم یطلع علی الأخبار المذکوره، فالواجب حینئذ فی هذه المسئله هو الرجوع الی القاعده الکلیه الداله (۲)علی

«أن البینه علی المدعی و الیمین علی المنکر». و هی تقتضی تقدیم قول الموصی له و الیتیم لأنهما منکران،و أما الوکیل و نحوه فقد عرفت أن مستنده تلک الأخبار الخاصه التی خصصنا بها تلک القاعده،فافترق الأمران،و الله سبحانه العالم.

**تذنیب آخر:**

قالوا:لو اشتری إنسان سلعه و ادعی أنه وکیل فی ذلک الشراء الآخر،



---

۱- ۱) التهذیب ج ۷ ص ۲۳۲ ح ۳۳،الکافی ج ۵ ص ۲۹۹ ح ۴،الوسائل ج ۱۳ ص ۲۳۴ ح ۴.
۲- ۲) التهذیب ج ۶ ص ۲۲۹ ح ۴،الفقیه ج ۳ ص ۲۰ ح ۱،المستدرک ج ۳ ص ۱۹۹ ح ۵ الباب ۳.

فأنكر ذلك الآخر،فان القول قوله بيمينه،فإذا حلف انـدفع عنه الشـراء، و حكم به للمشترى،و حكم عليه بالثمن،سواء اشترى بعين أم فى الـذمه،و لكن يجب تقييـده بعـدم اعـتراف البـائع بكونه وكيلاـ أو كون العين الـتى اشـترى بهـا ملكـا للمنكر،أو قيـام البينه بذلك،و إلا يبطل البيع،كما لو ظهر استحقاق أحد العوضين المعينين،و الله سبحانه العالم.

### الثانيه [فى إنكار الموكل التوكيل فى تزويج امرأه له] :

اختلف الأصـحاب فيما لو وكله على أن يزوجه امرأه،فعقد له على امرأه ثم أنكر الموكل الوكاله بذلك،فقيل:القول قول الموكل بيمينه، لأنه منكر،و يلزم الوكيل مهرها،و هو مذهب الشيخ فى النهايه،قال:

و يجوز للمرأه أن تتزوج بعـد ذلـك،غير أنه لا يحل للموكل فيما بينه و بين الله تعالى الا أن يطلقها،لأن العقـد قـد ثبت عليه،و به قال ابن البراج.

و قـال فى المبسوط:ان الـذى على الوكيـل إنمـا هو نصف المهر،قـال فى المسالـك:و هو المشـهور بين الأصـحاب،و به قـال ابن الادريس،ثم قوى بعد ذلك مذهب النهايه.

و قيل:ببطلان العقد نقله فى المختلف عن بعض علمائنا،قال بعض علمائنا:

إذا أنكر الموكـل الوكـاله كـان القول قوله مع اليمين،فإذا حلف بطل العقـد ظاهرا،و لا مهر،ثم الوكيل ان كان صادقا وجب على الموكل طلاقها و نصف المهر،قال فى المختلف:و فيه قوه.

احتج الشيخ على القول الأول بأن المهر قد ثبت بالعقد،و لا ينتصف الا بالطلاق،و لم يحصل فيجب الجميع،استدل على ما ذهب إليه فى المبسوط

بروايه عمر بن حنظله (1)عن أبى عبد الله عليه السلام

فى رجل قال لآخر:اخطب لى فلانه، فما فعلت من شـىء مما قاولت من صداق أو ضـمنت من شيء أو شرطت فذلك رضا لى،و هو لازم لى و لم يشهد على ذلك،فذهب فخطب له،و بذل عنه الصداق



---

١- ١) التهذيب ج ۶ ص ٢١٣ ح ٣،الفقيه ج ٣ ص ۴٩ ح ۴،الوسائل ج ١٣ ص ٢٨٨ ح ١.

و غير ذلك مما طالبوه و سألوه،فلما رجع إليه أنكر ذلك،قال يغرم لها نصف الصداق عنه،و ذلك أنه هو الذى ضيع حقها،فلما أن لم يشهد لها عليه بذلك الذى قال له،حل لها أن تتزوج و لا يحل للأول فيما بينه و بين الله تعالى الا أن يطلقها فان الله تعالى يقول (١)«فَإِمْسٰاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسٰانٍ» فان لم يفعل فإنه مأثوم فيما بينه و بين الله تعالى،و كان الحكم الظاهر حكم الإسلام قد أباح الله لها أن تتزوج». رواه فى التهذيب و الفقيه.

و ظاهر الشرائع و المختلف كما سلف تقويه القول بالبطلان،و هو ظاهره فى المسالك أيضا،حيث قال بعد نقل الخبر المذكور:و فى سند الحديث ضعف،و لو صح لم يمكن العدول عنه،و القول الثالث الذى اختاره المصنف قوى،و وجهه واضح،فإنه إذا أنكر الوكاله و حلف على نفيها انتفى النكاح ظاهرا،و من ثم يباح لها أن تتزوج،و قد صرح به فى الروايه،فينتفى المهر أيضا،لأن ثبوته يتوقف على لزوم العقد،و لأنه على تقدير ثبوته إنما يلزم الزوج،لأنها عوض البضع، و الوكيل ليس بزوج،نعم لو ضمن الوكيل المهر كله أو بعضه لزمه حسب ما ضمن،و يمكن حمل الروايه عليه،و أما وجوب الطلاق على الزوج مع كذبه فى نفس الأمر و وجوب نصف المهر فواضح،انتهى.

و مرجع ردهم الخبر الى ما اشتمل عليه من إيجاب نصف المهر على الوكيل، مع أنه ليس هو الزوج مع بطلان العقد بعد حلف الموكل،فلا يترتب عليه مهر، و لهذا جوز لها أن تتزوج،بناء على ذلك،و لا شك فى قوته بالنظر الى العقل،الا أنه من الجائز كون إلزام الوكيل بنصف المهر إنما هو عقوبه له حيث ضيع حقها بعدم الاشهاد،و الأحكام الشرعيه لا مسرح للعقول فى الاطلاع عليها،و أسبابها، و يؤيد هذه الروايه

صحيحه أبى عبيده الحذاء (٢)المرويه فى الفقيه و التهذيب

«عن

ص:١١٠

---

١- ١) سوره البقره الآيه ٢٢٩.

٢- ٢) التهذيب ج ٧ ص ٤٨٣ ح ١٥٢،الفقيه ج ٣ ص ٢٦٤ ح ٤٤، الوسائل ج ١۴ ص ٢٢٨ ح ١.

أبی عبد الله علیه السلام فی رجل أمر رجلا أن یزوجه امرأه من أهل بصره من بنی تمیم، فزوجه امرأه من أهل الکوفه من بنی تمیم،قال:خالف أمره،و علی المأمور نصف الصداق لأهل المرأه،و لا عده علیها،و لا میراث بینهما،قال فقال له بعض من حضر:فإن أمره أن یزوجه امرأه و لم یسم أرضا و لا قبیله،ثم جحد الأمر أن یکون قد أمره بذلک بعد ما زوجه؟قال:فقال:ان کان للمأمور بینه أنه کان أمره أن یزوجه،کان الصداق علی الآمر لأهل المرأه،و ان لم یکن له بینه فان الصداق علی المأمور لأهل المرأه،و لا میراث بینهما،و لا عده،و لها نصف الصداق ان کان فرض لها صداقا»،.

و زاد فی الفقیه

«فان لم یکن سمی لها صداقا فلا شیء لها». ،و الروایه کما تری صحیحه صریحه فیما دلت علیه الروایه الأولی، و یؤکده السؤال الأول من هذه الروایه أیضا،و المفهوم من جمله هذه الروایات أن المرأه بالعقد علیها استحقت المهر علی الزوج،لکن لما أنکر الزوج الوکاله و لا بینه، و حلف انتفی النکاح،و لکن جعل حقها من المهر علی الوکیل،حیث ضیع حقها بعدم الاشهاد علی الوکاله،و إذا کان وجوب ذلک علی الوکیل إنما هو لما ذکرناه، فلا ینافیه بطلان العقد،ألا تری ان العقد فی السؤال الأول من الصحیحه المذکوره باطل،حیث انه لیس هو المأمور به،مع أنه علیه السلام حکم علی الوکیل بنصف المهر عقوبه له.

و بالجمله فإن الحکم المذکور بعد دلاله هذین الخبرین لا مجال للمنازعه فیه،سیما بعد اعترافه فی المسالک بأنه لو صح لم یمکن العدول عنه،و هذه الروایه الثانیه التی ذکرناها صحیحه السند،لأن الشیخین المذکورین رویاها عن الحسن بن محبوب عن مالک بن عطیه عن أبی عبیده الحذاء،و الثلاثه المذکورون ثقات،و الطریق إلی الحسن بن محبوب صحیح فی الکتابین،فلا مجال للتوقف فیها.

قال فی المسالک:و اعلم أن المرأه إنما یجوز لها التزویج مع حلفه إذا لم

تصـدق الوكيل عليها،و الا لم يجز لها التزويج قبل الطلاق،لأنها باعترافها زوجه،بخلاف ما إذا لم تكن عالمه بالحال،فلو امتنع من الطلاـق لم يجبر عليه، لانتفاء النكاح ظاهرا،و حينئـذ ففى تسـلطها على الفسـخ دفعا للضـرر،أو تسـلط الحاكم على الطلاق،لأن له ولايه الإجبار على الممتنع أو بقائها كذلك حتى يطلق،أو يموت أوجه،انتهى و الله سبحانه العالم.

## الثالثه:لو ادعى الوكيل الاذن فى البيع بثمن معين فأنكر المالك الاذن فى ذلك القدر

### اشاره

،فالمشـهور و هـو قـول الشـيخ فى المبسـوط أن القـول قول الموكـل بيمينه،لأـنه كمـا أن القول قوله فى أصـل الوكـاله فكـذا فى صفتها،لأنها فعله، و هو أعرف بحاله و مقاصده الصادره عنه،و لأن الأصل عدم صدور التوكيل على الوجه الذى يدعيه الوكيل،و حينئذ فإذا حلف الموكل بطل البيع،و وجب أن يستعاد العين ان كانت باقيه،و مثلها أو قيمتها ان تلفت.

و قيل:انه يلزم الدلال إتمام ما حلف عليه المالك،صـرح به الشـيخ فى النهايه،و رد بأنه ضعيف لا مستند له،و حمله فى المختلف على تعـذر اسـتعاده العين عن المشترى و القيمه،و تكون القيمه مسـاويه لما ادعاه المالك،و لا يخلو عن بعـد،و حيث علم بطلان البيع بحلف الموكـل على عـدم مـا ادعـاه الوكيـل، فلاـ يخلو إمـا أن تكون العين بـاقيه أو تالفه،و على كل منهما فإما أن يصـدق المشترى الوكيـل فى الوكـاله و صـحه البيع أم لاـو على فرض التلف فإما أن يرجع الموكل على المشترى أو على الوكيل،فهـذه خمس صور:

### الأولى:أن تكون العين باقيه،و لم يصدق المشترى الوكيل

،فان الموكل يسترجع العين من كل من كانت فى يده،و يرجع المشترى على الوكيل بالثمن الذى دفعه اليه ان دفع اليه ذلك.

### الثانيه:الصوره بحالها و لكن صدق المشترى الوكيل

،و الحكم بالنسبه إلى استرجاع العين كما تقدم،و أما بالنسبه إلى رجوع المشترى على الوكيل بالثمن،فإنه

بتصديقه للوكيل و حكمه بصحه البيع،و أن الموكل ظالم بإبطاله،فإنه انما يرجع على الوكيل بأقل الأمرين من الثمن الذى دفعه و قيمه المبيع،لأن الثمن إن كان هو الأقل فليس فى يد الوكيل من مال الموكل الذى هو ظالم للمشترى فى أخذ العين بزعمه،سواه فيأخذه قصاصا،لأن هذا الثمن بزعم الوكيل و المشترى انما هو مال الموكل كما عرفت،و ان كان الثمن المدفوع أكثر من القيمه فالمشترى ليس له أكثر من القيمه،لأن حقه شرعا بزعمه انما هى العين،إلا أنه بأخذ الموكل لها و حيلولته بينه و بينها،يرجع الى قيمتها،فليس له شرعا إلا القيمه خاصه،و على هذا فالزائد من الثمن فى يد الوكيل مجهول المالك،لأن الوكيل ليس له شىء من ذلك،و المشترى ليس له إلا قيمه ماله،و الموكل لا يدعيه.

### الثالثه:تلف العين مع التصديق

،و لا خلاف فى أن للموكل الرجوع بالقيمه مع التصديق على أيهما شاء،أما المشترى فلتلف المال فى يده،و أما الوكيل فلعدوانه ظاهرا،فيدهما يد ضمان إلا أنه متى رجع الموكل على المشترى بالقيمه مع تصديقه لم يرجع المشترى على الوكيل،لتصديقه له فى صحه البيع و زعمه أن المالك ظالم فى رجوعه عليه فلا يرجع على غير ظالمه،هذا مع عدم قبض الوكيل الثمن من المشترى.

و أما لو قبضه منه،و الحال أنه لا يستحقه،و الموكل لا يدعيه،فإنه يرجع به المشترى عليه،لكن إذا كان المدفوع بقدر القيمه أو أقل،فالرجوع به ظاهر،و إلا رجع بمقدار ما غرمه للمالك من قيمه العين،فلو كان المدفوع أزيد كان الزائد فى يد الوكيل مجهول المالك،لأن المشترى لتصديقه و صحه البيع عنده فحقه شرعا إنما هو البيع الذى تلف عنده،لكن لما أغرمه الموكل القيمه فالذى له إنما هو ما غرمه يرجع به على ما دفعه الى الوكيل،فإذا كان الثمن الذى دفعه أولا زائدا على القيمه،و على ما أغرمه الموكل فتلك الزياده لا يستحقها بوجه،و الوكيل لا يستحقها،و المالك لا يطلبها،لإنكاره البيع.فتصير

مجهوله المالـك،إلاـ أنه يحتمـل وجوب دفعهـا الى المالك،لأنه بمقتضـى زعمهما صـحه البيع تكون مال المالك،فيجب عليهما بمقتضى ما يزعمانه أن يدفعاها له، و يأتى هذا الاحتمال فى زياده الثمن فى الصوره الثانيه أيضا.

### الرابعه:الصوره بحالها مع عدم التصديق

،قـالوا:يرجع على الوكيـل بما غرمه أجمع لغروره،و لو كان الثمن الـذى دفعه الى الوكيل أزيـد مما غرمه رجع به عليه لفساد البيع ظاهرا عنده.

### الخامسه:رجوع الموكل على الوكيل مع التلف

،فـإنه فى هـذه الصوره يرجع الوكيل على المشترى بالأقل من ثمنه،و ما اغترمه،لأنه ان كان الثمن هو الأقل فهو يزعـم أن الموكل لاـ يسـتحق سواه،و أنه ظـالم يأخـذ الزائـد من القيمه فلا يرجع به على المشترى،و ان كانت القيمه التى اغترمها الأقل فإنه لم يغرم سواها،لكن يبقى الزائـد مجهول المالك ظاهرا،مثلا ثمنه الـذى باع به ثمانون درهما،و الـذى اغترمه للمالك مائه درهم،فإنه انما يرجع بالثمانين، خاصه للعله المذكوره أو ان الثمن مائه درهم،و الذى اغترمه ثمانون درهما، فإنه انما يرجع بما اغترمه.

بقى الكلام فى هذه العشـرين الزائده،فإنها مجهوله المالك،لأن الموكل لا يسـتحقها بزعمه،و موافقه الظاهر له،و الوكيل قد خرج عن الوكـاله بإنكـار الموكـل،فليس له قبضه،و ينتزعه الحـاكم الشـرعى،و يتوصـل الى تحصـيل مـالكه، هـذا خلاصه كلامهم فى المقام.

و لو قيل:بالتصـدق بهـذا الزائـد المجهول فى جميع هذه الصور عن صاحبه، كما فى المال المجهول الصاحب،كان وجها لدخوله تحت عموم أخبار تلك المسئله،و الله سبحانه العالم.

### المسئله الرابعه [فى القول بثبوت الخيار للبائع إذا اشترى الوكيل لموكله] :

قيل:إذا اشترى الوكيل لموكله كان البائع بالخيار، ان شاء طالب الوكيل،و ان شاء طالب الموكل،و علل بأن الحق على الموكل،

و العقد على الوكيل،فيتخير فى مطالبه أيهما شاء و الظاهر ضعفه،و قيل:باختصاص المطالبه بالموكل مع العلم بالوكاله،و الاختصاص بالوكيل مع الجهل بذلك و علل أما مع الجهل،فلان العقد وقع معه،و الثمن لازم له ظاهرا فله مطالبته و أما مع العلم بكونه وكيلا فلأنه يكون نائبا عن غيره،فلا حق له عنده،بل عند الموكل،و الى هذا القول مال فى الشرائع.

و أورد عليه بأن الحكم بمطالبه الموكل مع العلم،و الوكيل مع الجهل لا يتم على إطلاقه،لأن الثمن لو كان معينا لم يكن له مطالبه غير من هو فى يده، و قيل:إذ اشترى الوكيل بثمن معين،فان كان فى يده طالبه البائع به و إلا طالب الموكل،لأن الملك يقع له،و ان اشترى فى الذمه،فإن كان الموكل قد سلم اليه،ما يصرفه الى الثمن،طالبه البائع أيضا،و ان لم يسلم فإن أنكر البائع كونه وكيلا أو قال لا أدرى هل هو وكيل أم لا،و لا بينه طالبه و ان اعترف بوكالته،فالمطالب بالثمن الموكل لا غير،لوقوع الملك له،و الوكيل سفير بينهما و معين للموكل،فلا يغرم شيئا،و القول المذكور للتذكره،قال و هو أحد وجوه الشافعيه.

و الثانى:أن البائع مع تصديق الوكاله يطالب الوكيل لا غير،لأن أحكام العقد يتعلق به،و الالتزام وجد منه.

و الثالث:أنه يطالب من شاء منهما نظرا الى الظاهر و المعتمد الأول انتهى.

أقول:و ما اعتمده هو أقرب الأقوال،إلا أنه لا يخلو من الخدش فى بعض هذه الترديدات،و الظاهر هو ما فصله فى المسالك قال:و الاولى أن يقال فى المسئله ان الحق اما أن يكون معينا أو مطلقا،و على التقديرين فاما أن يسلم الى الوكيل أم لا،و على التقادير فاما أن يكون البائع عالما بوكالته أو غير عالم،و حكمها أنه متى كان الثمن معينا فالمطالب به من هو فى يده،سواء فى ذلك الوكيل أو الموكل و ان كان فى الذمه و دفعه الموكل إلى الوكيل تخير البائع فى مطالبه

أیهما شاء مع علمه بالوکاله،أما الوکیل فلأن الثمن فی یده،و أما الموکل فان الشراء له،و ما دفع لا ینحصر فی الثمن بعد،و ان لم یکن دفعه الی الوکیل، فله مطالبه الوکیل مع جهله بکونه وکیلا،و عدم البینه علیها،و الموکل مع علمه،انتهی.

و منه یعلم أن ما أطلقه فی التذکره من أنه متی کان فی الذمه و قد سلمه الموکل الی الوکیل،فإنه یطالب الوکیل لیس کذلک،بل الأظهر کما ذکره فی المسالک هو التخییر مع العلم بالوکاله.

### الخامسه [فی استحقاق المطالبه] :

قالوا:إذا طالب الوکیل بحق موکله فأجابه من علیه الحق بأنک لا تستحق المطالبه لم یلتفت الی هذا الجواب،لانه مکذب للبینه القائمه علی الوکاله،فإن مقتضی البینه ثبوت الوکاله،و قضیه ثبوت الوکاله استحقاق المطالبه،و أورد علیه بأن نفی استحقاق المطالبه لا یستلزم تکذیب البینه،لأنه یجوز ثبوت الوکاله ثم عزله عنها،أو الإبراء من الحق المدعی،أو الأداء الی الموکل أو وکیل آخر،و فی جمیع هذه الوجوه لا یستحق المطالبه و ان ثبت کونه وکیلا،و لهذا نقل عن القواعد أنه استشکل الحکم المذکور،و أجیب عن هذا الإشکال بأن نفی الاستحقاق لما کان مشترکا بین ما یسمع و ما لا یسمع لم یسمع الا بعد التحریر لأنه لا تعد دعوی شرعیه إلا بعد تحریرها،و لو أجاب من علیه الحق بأن قال عزلک الموکل،أو أن الموکل أبرأه من الحق لم یسمع،الا أن یدعی العلم علی الوکیل،فله علیه الیمین بعدم العلم.

### السادسه [فی قبول شهاده الوکیل لموکله] :

لا خلاف بین المسلمین فی قبول شهاده الوکیل علی موکله، لحصول الشرائط و انتفاء الموانع،و کذا لا خلاف فی قبولها له فیما لا ولایه له علیه مطلقا،و أما فیما له ولایه و وکاله فیه،فتقبل عند الأصحاب فیه أیضا إذا کانت الشهاده بعد العزل،ما لم یکن أقام الشهاده حین الوکاله،فإنه بإقامتها حین الوکاله ترد للتهمه،و کذا ترد فیما لو لم یکن عزله بعد شروعه فی المنازعه و المخاصمه.

ص: ۱۱۶

قال فی التذکره:تقبل شهاده الوکیل مع الشرائط علی موکله مطلقا، و تقبل لموکله فی غیر ما هو وکیل فیه،کما لو وکله فی بیع دار فشهد له بعد، و لو شهد فیما هو وکیل فیه،فان کان ذلک قبل العزل لم تقبل،لأنه متهم حیث یجر إلی نفسه نفعا،و هو ثبوت ولایه التصرف لنفسه،و ان کان بعد العزل،فان کان قد خاصم الغریم فیه حال وکالته لم تقبل منه أیضا،لأنه متهم أیضا، حیث یرید تمشیه قوله،و إظهار الصدق فیما ادعاه أولا و ان لم یخاصم سمعت شهادته عندنا،انتهی.

أقول:لا یخفی ما فی هذه التعلیلات من الإشکال فی ابتناء الأحکام الشرعیه علیها،بعد ثبوت العداله فی الشاهد،ثم أنه أی نفع هنا فی ثبوت ولایه التصرف له، بل ربما کان الضرر أظهر باشتغاله بذلک عن القیام بأموره،و نظم معاشه و معاده و نحو ذلک.

و إلی ما ذکرناه یمیل کلام المحقق الأردبیلی حیث قال:و أما وجه العدم علی أحدهما فهو التهمه،و وجه عدم القبول حین الوکاله فیما وکل فیه جر النفع و فیهما تأمل،إذ قد لا یکون جر نفع،و لا نسلم کون مطلق الولایه و الوکاله نفعا، بل قد یکون مضرا،و کذا التهمه و کون مثلها مانعا-من قبول الشاهد المقبول-یحتاج إلی الدلیل،بعد الدلیل علی قیام شهاده العدل المتصف بالشرائط سوی هذا المتنازع،فتأمل انتهی و هو جید.

### السابعه [فی اختلافهما فی قبض الثمن قبل تسلیم المبیع أو بعده] :

#### اشاره

قالوا:لو وکله فی قبض دین من غریم له،فأقر الوکیل بالقبض، و صدقه الغریم،و أنکر الموکل فالقول قول الموکل،و تردد فیه فی الشرائع.

و قال فی التذکره إذا وکل وکیلا باستیفاء دین له علی انسان،فقال:

قد استوفیته فأنکر الموکل نظر،فان قال:قد استوفیته و هو عندی فخذه فعلیه أخذه،و لا معنی لهذا الاختلاف،و ان قال:استوفیته و تلف فی یدی فالقول قوله مع یمینه علی نفی العلم باستیفاء الوکیل،لأصاله بقاء الحق،فلا یقبل قول

الوكيل و المديون إلا ببينه،لأن قولهما على خلاف الأصل،انتهى.

أما لو أمره ببيع سلعه و تسليمها و قبض ثمنها فتلف الثمن من غير تفريط فأقر الوكيل بالقبض و صدقه المشترى و أنكر الموكل فالقول قول الوكيل.

قالوا:و الفرق بين الصورتين أن الدعوى فى الصوره الثانيه على الوكيل من حيث سلم المبيع و لم يقبض الثمن،بناء على زعم الموكل،و هو موجب للضمان، لأنه نوع خيانه كما تقدم ذكره فى آخر المسئله الأولى من هذا المطلب،و فى الصوره الأولى الدعوى على الغريم،و الأصل بقاء ماله عليه،و تنظر فى الفرق المذكور فى الشرائع.

أقول:و الظاهر من النصوص الداله على قبول قول الأمين هو تقديم قول الوكيل فى الصورتين المذكورتين،لاشتراكهما فى كون محل النزاع هو تصرف الوكيل،و قد عرفت فيما تقدم أن قوله مقبول فى ذلك،و الظاهر أنه من أجل ذلك تردد المحقق فى الصوره الأولى حيث حكموا فيها بتقديم قول الموكل،و تنظر فى الفرق المذكور فى الثانيه،و بالجمله فالظاهر هو تقديم قول الوكيل فى الموضعين.

قال فى التذكره:لو وكله فى البيع و قبض الثمن أو البيع مطلقا،و قلنا أن الوكيل يملك بالوكاله فى البيع،قبض الثمن و اتفقا على البيع،و اختلفا فى قبض الثمن،فقال الوكيل قبضته و تلف فى يدى،و أنكر الموكل،أو قال الوكيل:

قبضته و دفعته إليك،و أنكر الموكل القبض،فالأقوى عدم قبول قول الوكيل فى ذلك،و للشافعيه فى ذلك طريقان:أحدهما أنه على الخلاف المذكور فى البيع و سائر التصرفات و أظهرهما عندهم أن هذا الاختلاف ان كان قبل تسليم المبيع فالقول قول الموكل،لما فى المسئله السابقه،و ان كان بعد تسليمه فوجهان:

أحدهما أن الجواب كذلك،لأن الأصل بقاء حقه،و أصحهما أن القول قول الوكيل،لأن الموكل ينسبه إلى الخيانه بالتسليم قبل قبض الثمن،و يلزمه الضمان و الوكيل ينكره فأشبه ما إذا قال الموكل،طالبتك برد المال الذى دفعته إليك،

أو بثمن المبيع الذى قبضته،فامتنعت مقصرا إلى أن تلف،و قال الوكيل لم تطالبنى بذلك،و لم أكن مقصرا،فان القول قوله،انتهى.

أقول:قوله فالأقوى عدم قبول قول الوكيل فى ذلك فى نسختين عندى من نسخ الكتاب،و هو خلاف ما صرح به الأصحاب من أن القول هنا قول الوكيل، كما عرفت من كلامهم فى الفرق بين الصورتين المتقدمتين،و لم أقف أيضا على من نقل الخلاف عن التذكره فى ذلك،فليتأمل فى ذلك،و الأصحاب إنما حكموا بتقديم قول الوكيل هنا بناء على كون الدعوى بعد تسليم العين إلى المشترى، بالتقريب الذى نقله هنا عن أصح قولى الشافعيه.

و أما لو كانت الدعوى قبل تسليم العين بل هى باقيه فى يد الوكيل فان القول عندهم قول الموكل لما ذكره،و ما تقدم فى المسئله الاولى،و ان كان الحكم فى ذلك عندى هنا لا يخلو عن اشكال بالنظر إلى ظواهر الأخبار الداله على قبول قول الأمين مطلقا و الوكيل أمين كما عرفت،فلا معنى لترجيح قول الموكل بأصاله عدم القبض و نحو ذلك،لأن مقتضى العمل بالأخبار المذكوره تخصيص هذا الأصل و الخروج عنه،فإن الأصل العدم فى كل ما يدعيه الأمين،فلا معنى للعمل بها فى موضع و إطراحها فى آخر بل الواجب العمل بها فى الجميع،إلا أن العذر لهم انهم إنما استندوا فى قبول قوله إلى الإجماع،و الدليل العقلى الذى تقدم نقله عنهم،و لم يذكروا الأخبار أو لم يطلعوا عليها بالكليه،و الإجماع لا يقوم حجه فى موضع النزاع و الخلاف.

بقى الكلام هنا فى مواضع-

### الأول:

قال فى التذكره على أثر الكلام المتقدم:و هذا التفصيل فيما إذا أذن فى المبيع مطلقا أو حالا فان أذن فى التسليم قبل قبض الثمن،أو أذن فى البيع بثمن مؤجل،و فى القبض بعد الأجل،فهيهنا لا يكون خائنا بالتسليم قبل القبض،و الاختلاف كالاختلاف قبل التسليم،انتهى.

أقول:مراده أن تقديم قول الوكيل إنما هو فى موضع يستلزم نسبته إلى

الخيانه،و الحال أنه أمين،فيقدم قوله،و الموضع الذى يستلزم ذلك هو كل موضع يتوقف التسليم فيه على القبض،أما لو لم يكن كذلك بأن يأذن له فى التسليم قبل قبض الثمن،أو أذن له فى البيع بثمن مؤجل،و القبض بعد الأجل، فإن مرجع الاختلاف بينهما فى هذه الحال إلى صوره الاختلاف قبل تسليم المبيع، بمعنى أن القول قول الموكل،و فيه ما تقدمت الإشاره إليه من أن مرجع ذلك إلى دعوى الوكيل التصرف بقبض الثمن و التلف،و قد عرفت أن قوله مقدم فيها، الا أنه يمكن أن يقال أيضا:ان دعوى التلف الذى يقبل قوله فيه إنما هو بعد القبض،و الحال أنه منتف هنا كما هو المفروض،و بالجمله فالحكم هنا لا يخلو عن شوب الإشكال.

**الثانى:**

إذا قلنا أن القول قول الوكيل فى قبض الثمن من المشترى،فحلف الوكيل على قوله،فهل يحكم ببراءه ذمه المشترى أم لا؟وجهان:قوى أولهما فى التذكره و استظهره فى المسالك،و علل بأن الحق واحد،فإذا قبل قول الوكيل فى قبضه،فكيف يتوجه إيجابه على المشترى.

و ثانيهما أنه لا يبرئ ذمه المشترى لأصاله عدم الأداء،و إنما قبلنا من الوكيل فى حقه لا يتمانه إياه،بمعنى أن قبول قول الوكيل فى قبضه إنما هو من حيث كونه أمينا يقبل قوله،و هذا المعنى مفقود فى المشترى،إذ لا يقبل قوله فى ذلك لو كان النزاع معه ابتداء،و استحسن هذا الوجه فى التذكره أيضا، و الوجهان المذكوران للشافعيه كما نقله فى التذكره،و التعليلات المذكوره لهم.

**الثالث**

-إذا حلف الوكيل و قلنا ببراءه المشترى بذلك ثم وجد المشترى بالمبيع عيبا،فان رده على الموكل و غرمه الثمن لم يكن له الرجوع على الوكيل، لاعترافه بأن الوكيل لم يأخذ شيئا،و ان رده على الوكيل و غرمه لم يرجع على الموكل،و القول قول الموكل بيمينه فى أنه لم يأخذ منه شيئا،و لا يلزم من تصديقنا الوكيل فى الدفع عن نفسه بيمينه ان نثبت بها حقا على غيره و لو خرج

ص :١٢٠

المبیع مستحقا رجع المشتری بالثمن علی الوکیل،لأنه دفعه إلیه،و لا رجوع له علی الموکل لما مر،کذا ذکره فی التذکره،و الظاهر أنه أشار بقوله لما مر إلی ما قدمه من أن القول قول الموکل بیمینه فی أنه لم یأخذ من الوکیل شیئا.

و کیف کان فظاهر کلامه هنا هو الفرق بین صوره ظهور العیب،و صوره خروج کونه مستحقا،و أنه فی الصوره الثانیه انما یرجع علی الوکیل خاصه، و لا رجوع له علی الموکل،و أما فی الصوره الأولی فإن له الرجوع علی کل منهما کما ذکره فی رجوع کل منهما علی الآخر ما عرفت.

و المفهوم من کلام الأصحاب هو الخلاف فی هذه الصوره أعنی الأولی،فعن الشیخ و به صرح جمع منهم،بل الظاهر أنه الأشهر هو أنه یرجع المشتری علی الوکیل خاصه،دون الموکل،و علل بأنه لم یثبت وصول الثمن الی الموکل، و اختار فی الشرائع الرجوع علی الموکل،قال بعد نقل القول الأول:و لو قیل برد المبیع علی الموکل کان أشبه،و هو مؤذن بأنه لا قائل بذلک قبله و اختار ذلک فی المسالک أیضا،قال:و الأقوی ما اختاره المصنف،لان الملک له،و الوکیل نائب عنه،و البائع فی الحقیقه هو الموکل،و وصول الثمن الیه،و عدمه لا مدخل له فی هذا الحکم أصلا،بل لا یجوز رده علی الوکیل،لانه ینعزل بالبیع ان لم یکن وکیلا فی قبض المبیع علی تقدیر رده بالعیب،و کیف کان فقول الشیخ ضعیف،و کذا تعلیله،انتهی و الله سبحانه العالم بحقائق أحکامه و نوابه القائمون بمعالم حلاله و حرامه،و الحمد لله رب العالمین و صلی الله علی محمد و إله الطاهرین.

## كتاب الوقوف و الصدقات و ما يتبعها من الحبس و السكنى و الهبات

### اشاره

و تفصيل البحث فى هذه المذكورات يقع فى مقاصد أربعه:

### المقصد الأول فى الوقف:

#### اشاره

و هو ثابت بالنص و الإجماع،و ستأتى النصوص بذلك فى محلها،و قد ورد الترغيب فيه و فى جمله من الأخبار و ان عبر فيها بلفظ الصدقه،فإن هذا الإطلاق كان شائعا فى الصدر الأول كما دلت عليه جمله من الأخبار.

و من الأخبار المشار إليها ما رواه

فی الکافی و التهذیب عن هشام بن سالم (۱)

«عن أبی عبد الله علیه السلام قال:لیس یتبع الرجل بعد موته من الأجر إلا ثلاث خصال صدقه أجراها فی حیاته،فهی تجری بعد موته،و سنه هدی سنها،فهی یعمل بها بعد موته،أو ولد صالح یدعو له».

و ما رواه

فی الکافی فی الصحیح أو الحسن عن الحلبی (۲)

«عن أبی عبد الله علیه السلام قال:لیس یتبع الرجل بعد موته من الأجر إلا ثلاث خصال،صدقه أجراها فی حیاته،فهی تجری بعد موته،و صدقه مبتوله لا تورث،أو سنه هدی فهی یعمل بها بعده،أو ولد صالح یدعو له».

و عن معاویه بن عمار (۳)فی الصحیح قال:

«قلت لأبی عبد الله علیه السلام:ما یلحق الرجل بعد موته؟قال:سنه یسنها یعمل بها بعد موته،فیکون له مثل أجر من عمل بها من غیر أن ینتقص من أجورهم شیء،و الصدقه الجاریه تجری من بعده و الولد الطیب یدعو لوالدیه بعد موتهما،و یحج و یتصدق و یعتق عنهما،و یصلی و یصوم عنهما،فقلت:أشرکهما فی حجی؟قال:نعم».

و عن أبی کهمس (۴)عن أبی عبد الله علیه السلام قال:

سته تلحق المؤمن بعد وفاته ولد یستغفر له،و مصحف یخلفه،و غرس یغرسه،و قلیب یحفره،و صدقه یجریها، و سنه یؤخذ بها من بعده».

و عن إسحاق بن عمار (۵)عن أبی عبد الله علیه السلام

یتبع الرجل بعد موته ثلاث خصال،صدقه أجراها فی حیاته،فهی تجری له بعد وفاته،و سنه هدی سنها، فهی یعمل بها بعد موته،و ولد صالح یدعو له».



---

۱- ۱) الکافی ج ۷ ص ۵۶ ح ۱،التهذیب ج ۹ ص ۲۳۲ ح ۲،الوسائل ج ۱۳ ص ۲۹۲ ح ۱.
۲- ۲) الکافی ج ۷ ص ۵۶ ح ۲،الوسائل ج ۱۳ ص ۲۹۲ ح ۲.
۳- ۳) الکافی ج ۷ ص ۵۷ ح ۴،الوسائل ج ۱۳ ص ۲۹۳ ح ۴.
۴- ۴) الکافی ج ۷ ص ۵۷ ح ۵،الوسائل ج ۱۳ ص ۲۹۳ ح ۵.

۵- ۵) الکافی ج ۷ ص ۵۶ ح ۳،الوسائل ج ۱۳ ص ۲۹۳ ح ۳.

قال فی المسالک:قال العلماء الصدقه الجاریه الوقف،و هو تعریف ببعض الخواص،و کیف کان فاللفظ الصریح فی عقده وقفت،لأنه الموضوع له لغه و شرعا و قد صرح جمله من الأصحاب بأن أوقفت بالهمزه لغه شاذه فیه،قال فی المسالک و الظاهر أن الصیغه بها صحیحه،و ان کانت غیر فصیحه،و أما غیر هذا اللفظ من الألفاظ مثل حبست،و سبلت فقیل:أنه یصیر وقفا من غیر توقف علی القرینه، للحدیث النبوی(صلی الله علیه و آله و سلم)المتقدم.و قیل:لا یکون الا مع القرینه.

و أما أبدت و حرمت و تصدقت فلا یحمل علی ذلک الا مع القرینه،کقید التأبید،و نفی البیع،و الهبه و الإرث و نحوها.

و الوجه فی ذلک أن الوقف لما کان من العقود الناقله للملک علی وجه اللزوم،افتقر الی اللفظ الصریح الدال علی ذلک،و هذه الألفاظ لما کانت مشترکه بین هذا المعنی و غیره،و لم تکن صریحه فیه امتنع الحکم بدلالتها علی ذلک، فإنه یصح إطلاقها علی التملیک المحض و إخراج الزکاه و الصدقات المطلقه،و الهبات و نحوها،فلا بد فی الحکم بالوقف فیها من ضم قرینه تدل علی اراده ذلک،کقوله صدقه موقوفه،أو دائمه أو مؤبده و أن لاتباع،و لا توهب،و نحو ذلک.

و قد ظهر مما ذکرناه أن الألفاظ المعبر بها فی عقد الوقف منها ما هو صریح فیه،لا یتوقف علی قرینه إجماعا،و هو لفظ وقفت.

و منها ما هو متوقف علی القرینه إجماعا کحرمت و تصدقت و أبدت.

و منها ما هو مختلف فیه کحبست و سبلت،فذهب جمع منهم العلامه فی التذکره و القواعد إلی أنهما صریحان،کوقفت،و مثلهما أحبست بزیاده الهمزه بغیر اشکال،نظرا إلی الاستعمال العرفی لهما فیه مجردین،کما ورد فی الخبر النبوی(صلی الله علیه و آله و سلم)المتقدم فإنه أطلق علیه تحبیس الأصل،ورد بأن مجرد الاستعمال أعم من المطلوب،و الظاهر وجود القرینه فی هذا الاستعمال و معها لا اشکال فیه.

و المراد بالصدقه الجاريه فى هذه الأخبار هى الوقف كما أشار إليه الشهيد فى الدروس،و قال ابن فهد فى موجزه:قال العلماء:المراد بالصدقه الجاريه الوقف فان قيل:المعدود فى الحديث الثانى أربع خصال،مع أنه صرح فى صدر الخبر بأنها ثلاث خصال،قلنا:المعدود فيه إنما هو ثلاث،و لكنه قسم الصدقه التى هى إحدى الثلاث إلى قسمين،صدقه أجراها فى حياته،فهى تجرى بعد موته،و هى الوقف كما ذكرناه،و صدقه مبتوله لا تورث،و لعله مثل بناء المساجد و الرباطات و حفر الآبار،و بناء القناطر،و نحو ذلك،و لعل المراد بكونها مبتوله كونها مرادا بها وجه الله عز و جل و التقرب إليه.

و ذكر الشيخ فى المبسوط أن أوقاف الجاهليه كانت أربعه،السائبه و البحيره و الوصيله و الحام،ثم بين معانيها الى أن قال:و جاء الشرع بإبطالها،قال الله تعالى (۱)«مٰا جَعَلَ اللّٰهُ مِنْ بَحِيرَةٍ وَ لاٰ سٰائِبَةٍ وَ لاٰ وَصِيلَةٍ وَ لاٰ حٰامٍ،وَ لٰكِنَّ الَّذِينَ كَفَرُوا يَفْتَرُونَ عَلَى اللّٰهِ الْكَذِبَ» الآيه.

و البحث فى هذا المقصد يقع فى مطالب

## [المطلب] الأول-فى العقد و ما يلحق به

### اشاره

، و الكلام فيه يقع فى موضعين

### [الموضع] الأول [فى تعريف الوقف]

#### اشاره

-قالوا:الوقف تحبيس الأصل و تسبيل المنفعه قيل:و هذا التعريف تبعا

للحديث النبوى (۲)

«عنه(صلى الله عليه و آله و سلم) قال:حبس الأصل و سبل الثمره». و المراد بتحبيس الأصل المنع من التصرف فيه، كالتصرف فى الأملاك بالبيع و الهبه،و الصدقه و نحوها،بحيث يكون ناقلا للملك، و تسبيل الثمره إباحتها للموقوف عليه،بحيث يتصرف فيها كتصرفه فى أملاكه.

و جمله من الأصحاب عبروا بإطلاق المنفعه عوض لفظ التسبيل،و هو أظهر فى مقابله التحبيس،و عرفه فى الدروس بأنه الصدقه الجاريه،قال:و ثمرته تحبيس الأصل و إطلاق المنفعه،قيل هذا التعريف تبعا لما ورد فى الأخبار المتقدمه.



---

۱- ۱) سوره المائده-الآيه ۱۰۳.

٢- ٢) المستدرك ج ٢ ص ٥١١ الباب ٢ ح ١.

و ذهب جمع و منهم المحقق و العلامه فی غیر الکتابین المذکورین إلی افتقارهما إلی القرینه،لاشتراکهما فی الاستعمال بینه و بین غیره،و المشترک لا یدل علی شیء من الخصوصیات من حیث هو،و لأصاله بقاء الملک إلی أن یحصل الناقل الشرعی،و هو غیر معلوم.

و أما أقوال المتقدمین من الأصحاب فی المقام فمنها قول الشیخ فی الخلاف، قال:إذا تلفظ بالوقف فقال:وقفت أو حبست أو تصدقت،أو سبلت و قبض الموقوف علیه أو من یتولی عنه لزم الوقف.

و هذا الکلام کما تری یعطی صحه الوقف بأی هذه الألفاظ من غیر توقف علی قرینه،مع أنه قد ادعی الإجماع علی الاختصاص بلفظ الوقف،و الإجماع علی العدم مع عدم القرینه فی لفظ تصدقت و حرمت،کما قدمنا ذکره،و قال فی الخلاف أیضا:ألفاظ الوقف التی یحکم بصریحها قوله،وقفت و حبست و سبلت و ما عداها یعلم بدلیل،و بإقراره أنه أراد به الوقف،و ذلک کقوله تصدقت و حرمت و أبدت و بذلک قال ابن زهره،و قطب الدین الکیدری.

و قال فی المبسوط:الذی یقوی فی نفسی أن صریح الوقف قوله واحد، و هو وقفت لا غیر،و به یحکم بالوقف فأما غیره من الألفاظ فلا یحکم به الا بدلیل،و هو قول ابن إدریس قال:لأن الإجماع منعقد علی أن ذلک الصریح فی الوقف،و لیس کذلک ما عداه.

قال فی المختلف بعد نقل هذه الأقوال:و الوجه ما قاله الشیخ فی المبسوط، لنا أصاله بقاء الملک علی صاحبه،و عدم خروجه عنه الا بوجه شرعی و لا عرف شرعی هنا سوی صریح الوقف،لاشتراک البواقی بینه و بین غیره،و الموضوع للقدر المشترک لا دلاله له علی شیء من الخصوصیات بشیء من الدلالات نعم إذا انضم القرائن صار کالصریح فی صحه الوقف به.

## [فروع]

### اشاره

بقی الکلام هنا فی أمور

### الأول:لو نوی الوقف فیما یفتقر إلی القرینه

ص:۱۲۷

وقع الوقف باطنا،و دين بنيته،و لو اعترف بذلك أخذ باعترافه،كما أنه لو لم ينو بالصريح الوقف لم يكن وقفا باطنا،و ان حكم به بظاهر اللفظ،لأن المدار فی الصحه واقعا إنما هو علی القصود و النيات.

و الفرق بين الصريح و غيره مع اشتراكهما فی اعتبار القصد و النيه أن الصريح يحمل عليه ظاهرا،قصد أو لم يقصد،بخلاف غيره،فإنه لا يحكم عليه الا مع القرينه،أو الاعتراف بقصد الوقف و نيته،و هو معنی كونه يدان بنيته.

**الثانی [الفرق بين الإضافه إلی جهه عامه و جهه خاصه] :**

نقل عن العلامه فی التذكره الفرق بين اضافه لفظ الصدقه إلی جهه عامه كقوله تصدقت بهذا علی المساكين،و إضافته إلی جهه خاصه،كقوله لمعين تصدقت به عليك أو عليكم فجعل الأول ملحقا بالصريح،فيكون وقفا بخلاف الثانی،فإنه يرجع فيه إلی نيته كما أطلقه غيره،ورد بان الفرق غير واضح.

**الثالث [وقوع الوقف بألفاظ أخری مع نيته] :**

ظاهر عبارات أكثر الأصحاب و هو صريح العلامه فی التذكره و القواعد أن كل واحد من الألفاظ الثلاثه التی هی غير صريحه فی الوقف إجماعا يقع الوقف بكل منها مع نيته،أو انضمام غيره اليه،و قال الشهيد فی الدروس:

ان ظاهر الأصحاب يدل علی أن تصدقت و حرمت صيغه واحده،فلا تغنی الثانيه عن الأول،و تغنی الأولی مع القرينه،قال فی المسالك:و ما ادعاه من الظاهريه غير ظاهر.

**الرابع [فی تسميه الوقف بالصدقه فی الصدر الأول] :**

لا يخفی علی من له أنس بالاخبار و من جاس خلال تلك الديار أن الوقف فی الصدر الأول أعنی زمن النبی(صلی الله عليه و آله و سلم)و زمن الأئمه عليهم السلام إنما يعبر عنه بالصدقه،لكن هذا التعبير محفوف بقرائن عديده، و ألفاظ كثيره تدل علی اراده الوقف،و من ذلك الأخبار المتقدمه فی صدر المقصد المعبر فی بعضها بصدقه جاريه،و فی آخر لا تورث،و المراد بالجاريه المستمره بعده،و هو كنايه عن التأبيد.

و من ذلک خبر

صدقه علی علیه السلام (۱)بداره التی فی بنی زریق،قال:

هـذا ما تصـدق به علی بن أبی طالب علیه السـلام و هو حی سوی تصدق بداره التی فی بنی زریق صدقه لاتباع و لا توهب حتی یرثهـا الله تعالی الـذی یرث السـموات و الأرض،و أسـکن هـذه الصـدقه خالاته ما عشن و عاش عقبهن،فان انقرضوا فهی لـذوی الحاجه من المسلمین».

و أخبار صدقه فاطمه علیها السلام (۲)و أنها جعلتها لبنی هاشم،و بنی عبد المطلب.

و صدقه أمیر المؤمنین (۳)علیه السلام

لما جائته البشیر بالعین التی خرجت فی ینبع فقال:علیه السـلام بشـر،الوارث هی صـدقه بته بتلا فی حجیج بیت الله و عابری سبیل الله، لاتباع و لا توهب،و لا تورث».

و صدقه الکاظم علیه السلام (۴)بأرض له،

«و فیها تصدق موسی بن جعفر بصدقته هذه و هو صـحیح صدقه حبسا بتلا بتا لا مشوبه فیها و لا رد أبدا ابتغاء وجه الله عز و جل و الدار الآخره،لا یحل لمؤمن یؤمن بالله و الیوم الآخر أن یبیعها أو شیئا منها،و لا یهبها و لا ینحلها»الحدیث.

الی غیر ذلک من الأخبار،و بذلک علم اشتراک هذا اللفظ بین الوقف و بین الصدقه بالمعنی الآتی فی المقصد الثانی.

و أمـا اللفظـان الآـخران فالاشتراک فیهما من حیث مفهوم اللفظ،فإنه أعم من الوقف و غیره و لم أقف فی شـیء من الأخبار لغیر هـذین اللفظین أعنی لفظی الوقف و الصـدقه علی أثر،فالأحوط أن یجعل العقـد أحـدهما خاصه،و ان صح بغیرهما من الکنایات المحفوفه بـالقرائن بنـاء علی المشـهور،الاـ أنه لا یبعـد الانحصار فی هـذین اللفظین وقوفا علی ما خالف الأصل علی مورد النص بمعنی أن الأصل بقاء الملک لمالکه و الذی ورد من الصیغه المخرجه منحصر فی هذین اللفظین و لیس



---

۱- ۱) التهذیب ج ۹ ص ۱۳۱ ح ۷،الفقیه ج ۴ ص ۱۸۳ ح ۲۳،الوسائل ج ۱۳ ص ۳۰۴ ح ۴.

۲- ۲) الکافی ج ۷ ص ۴۸ ح ۴،الوسائل ج ۱۳ ص ۲۹۴ ح ۸.

۳- ۳) الکافی ج ۷ ص ۵۴ ح ۹،التهذیب ج ۹ ص ۱۴۸ ح ۵۶،الوسائل ج ۱۳ ص ۳۰۳ ح ۲.

۴- ۴) الکافی ج ۷ ص ۵۳ ح ۸،الوسائل ج ۱۳ ص ۳۱۴ ح ۵.

الحكم هنا كسائر العقود المبنيه على مجرد الرضا،فكل لفظ دل عليه كفى فى المراد و حصل به النقل،و لهذا ان روايات سائر العقود غايه ما تدل عليه،هو الأنعقاد بمجرد الألفاظ الجاريه فى مقام المحاوره بين المتعاوضين داله على الرضا، و فيما نحن فيه انما دلت على هذين اللفظين خاصه،إلا أنه ربما انقدح الاشكال هنا من وجه آخر،و هو انهم قد صرحوا باستعمال لفظ الوقف فى مجرد الحبس الذى هو معناه لغه،و يرجع الى ما يأتى من السكنى و العمرى و الرقبى،و عليه دلت الأخبار أيضا كما سيأتى إنشاء الله،و به ينقدح الاشكال فيما ادعوه من أن لفظ الوقف صريح فى هذا المعنى المدعى الذى هو مشروط بالتأبيد،و كيف يكون صريحا فيه مع استعماله نصا و فتوى فيما قلناه.

و كيف كان فالأحوط هو ضم القرائن الداله على الوقف المدعى،سوآء وقع التعبير بلفظ الوقف أو الصدقه،و الاقتصار على هذين اللفظين من حيث ورود النصوص بهما و الله العالم.

**الموضع الثانى [فى عدم اشتراط القبول فى الوقف] :**

اختلف الأصحاب(رضوان الله عليهم)فى اشتراط القبول فى الوقف بعد الاتفاق على الإيجاب فظاهر الأكثر حيث ذكروا الإيجاب و لم يتعرضوا لذكر القبول هو عدم اشتراطه مطلقا،و هو أحد الأقوال فى المسئله،و علل بأن الأصل عدم الاشتراط،و يؤيده أنه ليس فى النصوص ما يدل عليه،و لأن الوقف كالإباحه،خصوصا إذا قلنا أن الملك فيه ينتقل الى الله عز و جل،و لأنه فك ملك فيكفى فيه الإيجاب كالعتق،و استحقاق الموقوف عليه النفقه كاستحقاق العتق منافع نفسه.

و قيل،باعتباره مطلقا،و نقل عن التذكره،لإطباقهم على أنه عقد، فيعتبر فيه الإيجاب و القبول كسائر العقود،و لأن إدخاله فى ملك الغير بغير رضاه بعيد،و لأصاله بقاء الملك على مالكه بدونه.

و قيل:بالتفصيل و هو اعتباره ان كان على جهه خاصه،كشخص معين،

أو جماعه معينين،لما تقدم فى سابق هذا القول،و لإمكان القبول،و ان كان على جهه عامه كالفقراء و المساجد و نحوهما لم يعتبر،لأنه حينئذ فك ملك،و لأن الملك فيه ينتقل إلى الله عز و جل،بخلاف الأول،فإنه ينتقل فيه إلى الموقوف عليه.

أقول:و إلى هذا القول ذهب الشهيد فى الدروس،و يظهر من المحقق فى الشرائع و الشارح فى المسالك الميل إليه،و أنت خبير بأن الذى يظهر لى من تتبع الأخبار هو القول الأول لخلوها من ذكر ذلك فى الوقوف الخاصه و العامه.

و قد تقدم صوره وقف أمير المؤمنين عليه السلام داره التى فى بنى زريق على خالاته، و الخبر مروى

فى الفقيه فى الصحيح عن ربعى (1)عن أبى عبد الله عليه السلام،قال:

« تصدق أمير المؤمنين عليه السلام بدار له فى المدينه فى بنى زريق فكتب بسم الله الرحمن الرحيم هذا ما تصدق به على بن أبى طالب عليه السلام الحديث». كما تقدم.

و التقريب فيه أنه لو كان القبول شرطا لنقله عليه السلام فى حكايه الصدقه المذكوره،لأنه ليس الغرض من حكايه ذلك إلا بيان الأحكام فى المقام،و ظاهره لزوم الوقف و صحته بهذا اللفظ الذى كتبه عليه السلام فى ذلك،و إثبات شىء يزيد على ذلك يتوقف على الدليل،و أصاله العدم أقوى مستمسك،فى المقام.

و نحو هذا الخبر ما رواه

الشيخ فى التهذيب عن عجلان أبى صالح (2)

«قال أملى على أبو عبد الله عليه السلام بسم الله الرحمن الرحيم هذا ما تصدق به فلان بن فلان و هو حى سوى بداره التى فى بنى فلان بحدودها صدقه لاتباع و لا توهب و لا تورث حتى يرثها وارث السموات و الأرض و أنه قد أسكن صدقته هذه فلانا و عقبه فإذا انقرضوا فهى على ذى الحاجه من المسلمين».

و من الظاهر أن ما ذكره عليه السلام إنما هو تعليم للناقل كيفيه الوقف المترتبه



---

1- 1) الفقيه ج 4 ص 183 ح 23،الوسائل ج 13 ص 104 ح 4.

2- 2) التهذيب ج 9 ص 131 ح 5،الوسائل ج 13 ص 303 ح 3.

علیه أحکامه،و لو کان القبول من شروط الصحه فیه کما ادعوه لذکره علیه السلام.

و من ذلک أیضا

حدیث صدقه الکاظم علیه السلام (۱)

بأرض له علی أولاده المروی فی الکافی،و فیه هذا ما تصدق به موسی بن جعفر علیه السلام بأرض بمکان کذا و کذا و حد الأرض کذا و کذا کلها و نخلها و أرضها و بیاضها و مائها و أرجائها و حقوقها و شربها من الماء إلی أن قال:تصدق بجمیع حقه من ذلک علی ولده من صلبه الرجال و النساء،ثم ذکر قسمه الغله بعد عماره الأرض و ما یحتاج الیه علیهم للذکر مثل حظ الأنثیین،و ذکر شروطا فی البنات إلی أن قال:صدقه حبسا بتلا بتا لا مشوبه فیها،و لا رد أبدا ابتغاء وجه الله تعالی سبحانه و الدار الآخره، لا یحل لمؤمن یؤمن بالله و الیوم الآخر أن یبیعها و لا شیئا منها،و لا یهبها و لا ینحلها و لا یغیر شیئا منها مما وصفته حتی یرث الله الأرض و من علیها». :ثم ذکر الناظر فی الوقت من أولاده علی ترتیب ذکره علیه السلام و لم یتعرض فیها لذکر القبول،فلو أنه شرط فی الصحه کما ادعوه لأخبر بأنهم قد قبلوا ذلک،و هذا الکتاب حجه علی منکر الوقف من أولاده،و لو کان القبول شرطا فی الوقف و الحال أنه لم یذکره فی الکتاب لکان للمنازع أن یبطل الوقف لهذه الدعوی فلا یکون کتابه علیه السلام حجه فی ذلک،و هذا خلف،و هذه جمله من أخبار الوقوف الخاصه.

و من الأخبار فی الوقوف العامه خبر وقف أمیر المؤمنین علیه السلام العین التی فی ینبع،و الخبر مروی فی

التهذیب عن أیوب بن عطیه الحذاء (۲)قال:

«سمعت أبا عبد الله علیه السلام یقول:قسم نبی الله الفیء فأصاب علیا علیه السلام أرض فاحتفر فیها عینا فخرج ماء ینبع فی السماء کهیئه عنق البعیر فسماها ینبع فجاء البشیر یبشره فقال:علیه السلام بشر الوارث هی صدقه»الحدیث. کما تقدم و معلومیه عدم الاشتراط فیه أظهر.

ص: ۱۳۲

---

۱- ۱) الکافی ج ۷ ص ۵۳ ح ۸،الوسائل ج ۱۳ ص ۳۱۴ ح ۵.

۲- ۲) التهذیب ج ۹ ص ۱۴۸ ح ۵۶،الوسائل ج ۱۳ ص ۳۰۳ ح ۲.

و بالجمله فإنه لا أثر لهذا الشرط فى الأخبار،و لا دليل بالكليه غير هذه الوجوه الاعتباريه،و أصاله العدم أقوى دليل،و الله الهادى إلى سواء السبيل،قال فى المسالك بعد الكلام فى ذلك:و حيث يعتبر القبول مطلقا أو على بعض الوجوه يعتبر فيه ما يعتبر فى غيره من العقود اللازمه من اللفظ العربى المطابق للإيجاب المتعقب له بغير فصل يعتد به،الى غير ذلك من الشروط،و يتولاه فى المصالح العامه على القول باعتباره الناظر عليها كالحاكم و منصوبه كما يتولى غيره من المصالح،و على القولين لا يعتبر قبول البطن الثانى و لا رضاه،لتماميه الوقف قبله فلا ينقطع،و لأن قبوله لا يتصل بالإيجاب،فلو اعتبر لم يقع له كغيره من العقود اللازمه،انتهى.

و أنت خبير بما فى أكثر هذا الكلام،و ان جمد عليه جمله ممن تأخر عنه من الأعلام،فإنه نفخ فى غير ضرام كما تقدمت الإشاره إليه فى غير مقام،مضافا الى ما عرفت من أنه لا دليل هنا على هذا القبول،و ما ذكره من الاشتراطات المذكوره فى العقود اللازمه كله محض دعا و لا دليل عليها إلا مجرد أمور اعتباريه عللوها بها،مع ردها بالأخبار الظاهره فى خلافها.

ثم ان قوله و على القولين لا يعتبر قبول البطن الثانى و لا رضاه لتماميه الوقف قبله لا يخلو من المناقشه،فإن هذا انما يتم لو قام الدليل على اشتراط الرضا فى البطن الأول،فيقال:حينئذ ان شرط صحه الوقف قد حصل،و انعقد الوقف، و الحكم ببطلانه بعد ذلك يحتاج الى دليل،و لم يثبت ان عدم رضا البطن الثانى موجب للبطلان.أما على ما قلناه من أنه لا دليل على القبول،و لا على اعتبار الرضا فى البطن الأول بل ظاهر الأدله انما هو الأعم كما سمعت من أوقاف الأئمه عليهم السلام فإنه ليس فيها اشاره،فضلا عن صريح الدلاله باعتبار رضا الموقوف عليه و لا قبوله،فإنه يكون ذلك فى البطن الثانى بطريق أولى،و اللازم لهم باعتبار اشتراطهم ذلك فى البطن الأول بهذه التعليلات الاعتباريه،هو كونه

کـذلک فی البطن الثـانی،إذ العله مشترکه،و التعلیـل بتمامیه الوقف قبله معلوم فإنه یمکن أن یقال:ان تمامیه الوقف مراعاه برضـا البطن الثانی و الثالث و هکـذا فان حصل اسـتمر الوقف،و الا بطل،و التعلیل بأن قبوله لا یتصل بالإیجاب أظهر بطلانا،فإنه انما یتم لو قام دلیل علی ما یدعونه من هذا الشـرط،و قد عرفت أنه لا دلیل علیه ان لم تکن الأدله واضحه فی خلافه،بل هی کذلک کما لا یخفی علی من راجع أخبار العقود و الله العالم.

## المطلب الثانی فی شرائط الوقف:

### اشاره

قالوا:و هی أربعه:الدوام و التنجیز و الإقباض و إخراجه عن نفسه،فهنا مسائل

### [المسأله] الاولی [فی اشتراط الدوام فی الوقف] :

#### اشاره

الظاهر من کلام الأکثر هو اشتراط الـدوام فی الوقف،و قـد تقـدم فی أخبار وقوف الأئمه علیهم السـلام ما یدل علیه،و ظاهره فی المسالـک المنـاقشه فی ذلـک حیث ذکر أنه متنازع مشـکوک فیه،و اقتفاه صاحب المفاتیـح فی ذلک فقال:ان اشتراط التأبیـد لا دلیل علیه،بل الأصل و العمومات تنفیه.

أقول:لا یخفی ان العقود الشـرعیه الموجبه لنقل الأملاک یجب الوقوف فیها علی ما رسمه صاحب الشریعه من الکیفیه و الشروط فعلا أو أمرا بـذلک،و الأوقاف التی صـدرت منهم علیهم السـلام کما قدمنا لک جمله منها،قد اشـتملت علی التأبید،لقولهم حتی یرثها الله الذی یرث السـموات و الأرض،و هو کنایه عن دوامها الی یوم القیامه،و الخروج عنها بغیر معارض سفسطه،و به یظهر ما فی تمسـکه بالأصل و العموم،فإنه ناش عن الغفله عن ملاحظه الأخبار المذکوره کما لا یخفی،و حینئذ فلو قرنه بمده معینه کسنه مثلا أو وقف علی من ینقرض غالبا فإنه یبطل الوقف بغیر خلاف.

و انما الخلاف هنا فی مواضع ثلاثه

#### الأول-فیما لو قرنه بمده معینه

،فإنه هـل یصـح أن یکون حبسـا فلاـ یبطـل بـالکلیه أم لاـ؟قولاـن:و بالثـانی منهما صـرح المحقق فی الشـرائع،لأن شـرط الوقف الدوام،فیبطل،لعدم حصول الشرط،

و بالأول صرح الشهيد فى الدروس،و اختاره فى المسالك،قال:لوجود المقتضى و هو الصيغه الصالحه للحبس،لاشتراك الوقف و الحبس فى المعنى،فيمكن اقامه كل منهما مقام الآخر،فإذا قرن الوقف بعدم التأبيد كان قرينه لإراده الحبس،كما لو قرن الحبس بالتأبيد فإنه يكون وقفا كما مر،و هذا هو الأقوى،لكن انما يتم مع قصد الحبس، فلو قصد الوقف الحقيقى وجب القطع بالبطلان لفقد الشرط،انتهى.

أقول:من الظاهر أنه يمكن إرجاع القول الأول الى ما ذكره من هذا التفصيل،فان تعليل القول المذكور بما تقدم من قوله ان الدوام شرط فيبطل الوقف بعدم الشرط،يشير الى ذلك،حيث أن غايه ما يعطيه هو بطلان الوقف لا بطلان الحبس،و الا لاحتياج فى بطلان الحبس إلى أمر زائد على ما ذكر مع أنه غير مذكور فى كلامه القول بالصحه،و كونه حبسا صرح ابن إدريس أيضا فقال و الوقف لا يصح إلا أن يكون مؤبدا على ما قدمناه،فلا يصح أن يكون موقتا.

فان جعله كذلك لم يصح الا أن يجعله سكنى أو عمرى أو رقبى على ما سنبينه عند المصير اليه.

و الأظهر فى الاستدلال على الصحه فى الصوره هو ما رواه

المشايخ الثلاثه (عطر الله مراقدهم)فى الصحيح عن على بن مهزيار (1)قال:

«قلت:روى بعض مواليك عن آبائك عليهم السلام أن كل وقف الى وقت معلوم فهو واجب على الورثه و كل وقف الى غير وقت معلوم جهل مجهول فهو باطل مردود على الورثه،و أنت أعلم بقول آبائك عليهم السلام فكتب عليه السلام:هو عندى كذا».

و الظاهر أن معنى الخبر المذكور هو أن الوقف إذا كان مقيدا بوقت معلوم كما هو محل البحث فهو صحيح واجب على الورثه إنفاذه فى تلك المده،و يكون حبسا،و ان لم يذكر له وقت،أو كان وقتا مجهولا كأن يقول:الى وقت ما، فإنه يكون باطلا.



---

۱- ۱) التهذيب ج ۹ ص ۱۳۲ ح ۸،الفقيه ج ۴ ص ۱۷۶ ح ۳،الكافى ج ۷ ص ۳۶ ح ۳۱،الوسائل ج ۱۳ ص ۳۰۷ ح ۱.

و الشيخ(رحمه الله عليه)فی الکتابین حمل الوقت هنا علی الموقوف علیه دون المده.

استنادا إلی

صحیحه الصفار (۱)قال:

کتبت الی أبی محمد علیه السلام أسأله عن الوقف الذی یصح کیف هو؟فقد روی أن الوقف إذا کان غیر موقت فهو باطل مردود علی الورثه،و إذا کان موقتا فهو صحیح ممضی،قال قوم:ان الموقت هو الذی یذکر فیه أنه وقف علی فلان و عقبه،فإذا انقرضوا فهو للفقراء و المساکین الی أن یرث الله الأرض و من علیها:و قال آخرون:هذا موقت إذا ذکر أنه لفلان و عقبه ما بقوا،و لم یذکر فی آخره للفقراء و المساکین الی أن یرث الله الأرض و من علیها،و الذی هو غیر موقت أن یقول:هذا وقف،و لم یذکر أحدا فما الذی یصح من ذلک،و ما الذی یبطل؟فوقع علیه السلام الوقوف بحسب ما یوقفها أهلها.

أقول:لا یخفی أن المتبادر من لفظ الوقت انما هو الزمان و مجرد تفسیر هؤلاء المذکورین بالموقوف علیه مجازا لا یقتضی تقیید ذلک الخبر بذلک،بل یحمل کل منهما علی ما دل علیه کما هو المقرر فی کلام الأصحاب و مع تسلیم التقیید، فإنه یکفی فی الاستدلال علی ما نحن فیه بهذا الخبر إطلاق قوله علیه السلام«الوقوف بحسب ما یوقفها أهلها»و یدل علی أنه إذا وقفه مقیدا بمده معینه کان صحیحا فی تلک المده،و یخرج من هذا الإطلاق ما قام الدلیل علی بطلانه کما لو وقف بغیر مده،و لا ذکر الموقوف علیه،و نحوه من الوقوف التی قام الدلیل علی بطلانها، و فی هذین الخبرین دلاله علی ما قدمنا ذکره من صحه إطلاق الوقف علی التحبیس و به یظهر أن ما قدمنا نقله عنهم من أن لفظ وقف صریح فی الوقف المؤبد لیس فی محله.

**الثانی:لو وقف علی من ینقرض غالبا و لم یذکر المصرف بعده**

،کأن وقف علی أولاده و اقتصر علی بطن أو بطون،فهل یصح وقفا أو حبسا أو یبطل؟أقوال



---

۱- ۱) التهذیب ج ۹ ص ۱۳۲ ح ۹،الفقیه ج ۴ ص ۱۷۶ ح ۱،الوسائل ج ۱۳ ص ۳۰۷ ح ۲.

ثلاثه:و بالأول قال الشیخان،و ابن الجنید،و سلار،و ابن البراج،و ابن إدریس علی ما نقله فی المختلف،و الظاهر أنه المشهور.

و بالثانی قال العلامه فی القواعد و الإرشاد،و به قال ابن حمزه،فإنه قال علی ما نقله فی المختلف:فان علق علی وجه یصح انقراضه کان عمری،أو رقبی أو سکنی أو حبسا بلفظ الوقف.

و الثالث غیر معلوم قائله،و قال الشیخ فی المبسوط و الخلاف:إذا وقف علی علی من یصح انقراضه فی العاده مثل أن یقف علی ولده و ولد ولده و سکت،فمن أصحابنا من قال:لا یصح الوقف،و منهم من قال یصح.

أقول:و الی القول بالصحه قال العلامه فی المختلف،و احتج علیه قال:

لنا أنه نوع تملیک و صدقه،فیتبع اختیار المالک فی التخصیص و غیره،کغیر صوره النزاع،و للأصل،و لأن تملیک الأخیر لیس شرطا فی تملیک الأول،و إلا لزم تقدم المعلول علی العله.

و ما رواه

أبو بصیر (۱)قال:

«قال أبو جعفر علیه السلام:ألا أحدثک بوصیه فاطمه علیها السلام؟قلت:بلی فأخرج حقا أو سفطا فأخرج منه کتابا فقرأه«بسم الله الرحمن الرحیم هذا ما أوصت به فاطمه بنت محمد(صلی الله علیه و آله و سلم) أوصت بحوائطها السبعه العواف و الدلال و البرقه و المیثب و الحسنی و الصافیه و ما لأم إبراهیم الی علی بن أبی طالب علیه السلام فان قضی علی فإلی الحسن فان مضی فإلی الحسین فان مضی الحسین فإلی الأکبر من ولدی شهد الله علی ذلک،و المقداد بن الأسود و الزبیر بن العوام،و کتب علی بن أبی طالب علیه السلام.

ثم قال(قدس سره):و یمکن أن یتعرض علی الحدیث بأنها علیها السلام علمت عدم انقراض أولادها من النص علی الأئمه علیهم السلام و أن الدنیا تقبض مع انقراضهم،و من



---

۱- ۱) التهذیب ج ۹ ص ۱۴۴ ح ۵۰،الفقیه ج ۴ ص ۱۸۰ ح ۱۳،الوسائل ج ۱۳ ص ۳۱۱ ح ۱.

قوله (۱)(صلی الله علیه و آله و سلم)

حبلان متصلان لن يفترقا حتى يردا على الحوض كتاب الله و عترتى أهل بيتى». قال(قدس سره):احتج المانعون بأن الوقف مقتضاه التأبيد،فإذا كان منقطعا صار وقفا على مجهول،فلم يصح كما لو وقف على مجهول فى الابتداء.

و الجواب المنع من الصغرى،و الفرق بينه و بين مجهول الابتداء ظاهر، فان المصرف غير معلوم هناك،و أما هنا فالمصرف معلوم،انتهى.

و أنت خبير بما فيه مما يكشف عن ضعف باطنه و خافيه فإن لقائل أن يقول ان ما ذكره من انه نوع تمليك مردود بأنه لم يعقل فى التمليك كونه موقتا بمده و كذا الصدقه و ما ذكره من الأصل بمعنى أصاله الصحه متوقف على اجتماع شرائط الصحه،و هو عين المتنازع،لان الخصم يجعل من تلك الشرائط التأبيد، فالاستدلال بذلك لا يخرج عن المصادره،و هكذا ما ذكره غيره من الاستناد الى الأمر بالوفاء بالعقود،فإنه موقوف على تحقق العقد،و مع عدم جمعه الشرائط لا يصير عقدا يمكن الاستدلال به،فهو لا يخرج عن محل النزاع.

و أما قوله و لأن تملك الأخير ليس شرطا ففيه أنا لا ندعى كونه شرطا و انما الشرط بيان المصرف الأخير ليتحقق معنى الوقف،و هو هنا غير حاصل،فلا يتم صحه الوقف.

و أما الخبر الذى أورده ففيه أولا-أنه لم يصرح فيه بالوقف،و انما هو وصيته و الظاهر أن المراد انما هو الوصيه بالولايه على الوقف،لما دل عليه غيره من أن صدقتها كانت لبنى هاشم،و بنى المطلب،و سيأتى الخبر المذكور إنشاء الله تعالى، فهو خارج عن محل البحث.

و ثانيا أنه مع تسليم اراده الوقف من هذا اللفظ فالجواب عنه ما ذكره من علمها عليها السلام ببقاء الموقوف عليه الى تمام الدنيا،فلا يكون ايضا من محل البحث.



---

۱- ۱) الوسائل ج ۱۸ ص ۱۹ ح ۹ الباب ۵ من أبواب صفات القاضى.

و بالجمله فإن القول بكونه وقفا و الحال هذه انما يتم بمنع اشتراط التأبيد فى الوقف،و هم لا يقولون به،فإن جمله من نقلنا خلافه فى هذه المسئله و قوله بكونه وقفا قد صرح باشتراط الدوام فى الوقف،و هو مناقضه ظاهره،و ممن صرح بذلك ابن إدريس فى سرائره،و الشيخ فى النهايه و المبسوط،و العلامه فى القواعد و الإرشاد، و المحقق و غيرهم.

نعم ظاهر المفيد فى المقنعه حيث لم يصرح بهذا الشرط هو عدم شرطيته و حينئذ فالمناقضه غير لازمه له،و أما غيره فالأمر فيه كما ترى.

و بالجمله فإن مقتضى القول بشرطيته هو ما قلناه من عدم القول بصحته وقفا هنا،سيما مع دلاله ظاهر النصوص على شرطيته كما عرفت،و حينئذ فيجب انتفاء القول بالوقف،و الظاهر حينئذ من القولين الباقيين هو القول بالتحبيس و على تقدير النزاع فى شرطيه التأبيد كما يظهر من المسالك،أنه لا يظهر الفرق هنا بين كونه وقفا و حبسا الا بالقصد،و الواجب هو الرجوع فى ذلك اليه، إلا أن فائده الفرق بين الأمرين على هذا الوجه نادره،و الأقرب عندى هو القول بالتحبيس لما عرفت من ثبوت شرطيه الدوام فى الوقف،فلا يمكن الحكم بكونه وقفا،و ليس القول بالتحبيس إلا لزوم استعمال لفظ الوقف فى الحبس مجازا،و قد عرفت أنه شائع فى الأخبار.

و تدل على الصحه و كونه حبسا هنا صحيحه الصفار المتقدمه،و التقريب فيها أن السائل سأله أنه قد روى أنه ان كان موقتا فهو صحيح ممضى،و لكن اختلف الأصحاب فى هذا الفرد الصحيح هل هو المؤبد أو منقطع الأخر؟فأجاب عليه السلام بأن الوقف على حسب ما يذكره الواقف،بمعنى أنه ان ذكره الوقف مؤبدا فهو وقف مؤبد،و ان ذكره منقطع الآخر فهو وقف ما دام الموقوف عليه موجودا.

### الثالث [فى صحه الوقف المنقطع الآخر] :

قد عرفت الخلاف فى الوقف المنقطع الآخر و أن الأشهر هو الصحه، أما وقفا كما هو أحد الأقوال،أو حبسا،ثم انه لو لم ينقرض الموقوف عليه بل

استمر كما لو وقف على أولاده،ثم أولاد أولاده،و هكذا و استمر الانتساب، فالظاهر أنه لا خلاف فى صحه الوقف أما لو انقرضوا فقد اختلف الأصحاب فيمن يرجع اليه،فقيل:برجوعه إلى ورثه الواقف،و قيل:ورثه الموقوف عليهم،و قيل:انه يصرف فى وجوه البر،و بالأول قال الشيخ و سلار و ابن البراج،و اختاره العلامه فى المختلف بل فى أكثر كتبه،و المحقق فى الشرائع،و أسنده فى المسالك إلى الأكثر و رجحه.

و بالثانى قال الشيخ المفيد و ابن إدريس و قواه العلامه فى التحرير.

و بالثالث قال ابن زهره،قال:و قد روى أنه يرجع الى ورثه الواقف، و الأول أحوط،و نفى عنه البأس العلامه فى المختلف،و ظاهر الشهيد فى الدروس التوقف فى الحكم المذكور،حيث اقتصر على نقل الأقوال فى المسئله،و لم يرجح منها شيئا،و هذا الخلاف هنا متفرع على القول بكونه وقفا كما هو المشهور بينهم،و إلا فإنه على تقدير كونه حبسا لا إشكال فى أنه انما يرجع الى الواقف أو ورثته،كما هو قضيه التحبيس المختص بمن حبس عليه،و أظهر منه فى ذلك القول بالبطلان،و استدل للقول الأول بأنه بالوقف لم يخرج عن ملك المالك بالكليه،و انما تناول أشخاصا فلا يتعدى الى غيرهم،و لظاهر قول

العسكرى عليه السلام (١)

الوقوف على حسب ما يوقفها أهلها إنشاء الله تعالى.

و الواقف إنما وقفه هنا على من ذكره،فلا يتعدى الى غيرهم،و يبقى أصل الملك لمالكه.

و استدل للقول الثانى بانتقال الملك الى الموقوف عليه قبل الانقراض، فيستصحب،و لأن عوده الى الواقف بعد خروجه يفتقر الى سبب و لم يوجد، و لأنه نوع صدقه،فلا يرجع اليه.



---

١- ١) التهذيب ج ٩ ص ١٢٩ ح ٢،الفقيه ج ۴ ص ١٧۶ ح ١،الكافى ج ٧ ص ٣٧ ح ٣۴،الوسائل ج ١٣ ص ٣٠٧ ح ٢.

و للثالث بما ذكره العلامه فى المختلف،و نفى عنه البأس حيث قال:و لا بأس بقول ابن زهره،لانتقال الوقف من الواقف،و زوال ملكه عنه،و العجب ان هذه الحجه التى احتج بها لابن زهره ترجع الى ما استدل به على القول الثانى،و هو فى المختلف قد أجاب عن ذلك بالمنع من كون الوقف مطلقا ناقلا بل المؤبد،قال:و نمنع من كون الموقوف عليه مالكا إلا مع التأبيد،و ما أجاب به عن ذلك الدليل لازم له فى رد دليله المذكور.

و بذلك يظهر لك ما فى القولين الآخرين من القصور،و أن الظاهر هو القول المشهور،إلا أن كلامهم هنا غير خال من الإجمال،بل تطرق الاشكال، لما عرفت من أن هذا الخلاف متفرع على القول بصحه الوقف كما هو المشهور و الذى هو أحد الأقوال الثلاثه فى المسئله المتقدمه فى الموضع الثانى،و إلا فعلى القول بكونه حبسا فإنه يرجع الى الواقف أو ورثته بغير خلاف و لا اشكال،و على القول بالبطلان فالأمر أظهر مع أنك قد عرفت فيما تقدم أن هذا القول و ان كان هو المشهور إلا أن ذكرهم التأبيد فى شروط الوقف-كما صرح به من وقفت على كلامه منهم عدا المفيد فى المقنعه-لا يجامع القول بصحه الوقف فى الصوره المذكوره،لأن الوقف هنا منقطع غير مؤبد و الوقف الصحيح إنما هو المؤبد.

نعم بناء على ما اخترناه فى المسئله الأولى من كونه حبسا يتجه القول برجوع ذلك الى ورثه الواقف،و يصير الخلاف فى هذه المسئله ساقطا لا معنى له،و هذا غايه ما تدل عليه الصحيحه المنقوله

عن العسكرى عليه السلام (1)من

«أن الوقوف على حسب ما يوقفها أهلها». و المراد فيها بالوقف ما هو أعم من الوقف المبحوث عنه و التحبيس،فهو ان كان مؤبدا وقف،و ان كان مقطعا تحبيس،و أما قول ابن زهره و قد روى أنه يرجع الى ورثه الواقف،و كذا قول الشيخ فى المبسوط فى هذه المسئله،و قال قوم:يرجع اليه ان كان حيا و الى ورثته ان كان ميتا



---

١- ١) التهذيب ج ٩ ص ١٢٩ ح ٢،الوسائل ج ١٣ ص ٣٠٧ ح ٢.

و به تشـهد روايات أصحابنا،فإن أريد به كما هو ظاهر كلامه أن هنا أخبارا داله على موضع البحث،و أنه مع كون الوقف منقطعا قـد صـرحت الأخبار بالرجوع الى الواقف أو ورثته بعد انقراض الموقوف عليه فإنه لم يصل إلينا فى الأخبار ما يدل على ذلك،و إلا لزال إشـكال فى هـذا المجال،و ان أريد هذه الصـحيحه المذكوره و قريب منها الصـحيحه الأخرى المتقدمه معها،فإن غايه ما تـدلان هو أن الوقف يتبع فيه ما رسـمه الواقف،و الوقف فيهما أعم من التحبيس و الوقف بالمعنى المبحوث عنه و غايه ما تدلان عليه الاقتصار فى الوقف على الجماعه الموقوف عليهم،و اللازم من ذلك هو الرجوع بعـد انقراض الموقوف عليه الى الواقف أو ورثته،و هـذا هو معنى التحبيس و ان سـمى وقفـا،هـذا مـا أدى اليه الفكر الكليـل و الـذهن العليل من الكلام فى المقام،حسب ما رزق الله تعالى فهمه من أخبارهم عليهم السلام.

ثم انه بناء على القول المشـهور من الرجوع الى ورثه الواقف بعد انقراض الموقوف عليه،فله المراد وارثه حين الانقراض،أو وارثه بعـد موته مسترسـلا الى أن يصادف الانقراض؟وجهان قالوا:و تظهر الفائـده فيما لو مات الواقف عن ولدين،ثم مات أحدهما عن ولد قبل الانقراض:فعلى الأول يرجع الى ولد الباقى خاصه،و على الثانى يشترك هو و ابن أخيه لتلقيه من أبيه،كما لو كان معينا.

### المسئله الثانيه [اشتراط التنجيز فى صحه الوقف] :

المشـهور فى كلام المتأخرين أن من جمله شـروط الوقف التنجيز و هذا الشـرط لم أقف عليه فى جمله من كتب المتقدمين،منها كتاب النهايه للشـيخ و المبسوط،و كتاب السـرائر لابن إدريس،و كذا المقنعه للشـيخ المفيد،فإنه لم يتعرض أحد منهم لذكره فى الكتب المذكوره،مع أنه لا نص عليه فيما أعلم.

و بـذلك اعترف فى المسالـك أيضـا فقـال،و ليس عليه دليـل بخصوصه و أرادوا بـالتنجيز مـا تقـدم فى كتاب الوكاله،من أن لا يكون معلقا بوصف لا بـد من وقوعه كطلوع الشـمس،و مجىء رأس الشـهر،و هو باصـطلاحهم تعليق على الصـفه،و أن لا يكون معلقا على ما يحتمل الوقوع و عدمه،كمجىء زيد مثلا،و يسمى

بالمعلق على شرط،أما لو كان الشرط واقعا و الواقف عالم به كقوله وقفت ان كان اليوم الجمعه مع علمه بذلك،فإنه يصح عندهم،و قد تقدم البحث معهم فى ذلك فى الكتاب المشار اليه،و حيث قد عرفت ان الحكم المذكور غير منصوص نفيا و لا إثباتا.

فلو وقع الوقف على هذه الكيفيه،فيمكن القول بعدم الصحه استنادا الى أن العقود الناقله متلقاه من الشارع،و لم يثبت كون هذا منها،و الأصل بقاء الملك لمالكه،و لا يقال:انه يمكن القول بالصحه نظرا الى

قوله عليه السلام

«الوقوف على حسب ما يوقفها أهلها». لأنا نقول:المتبادر من الخبر المذكور انما هو باعتبار العموم و الخصوص،و التشريك و الانفراد،و التساوى و التفضيل فى الموقوف عليه و التأبيد و التحبيس و نحو ذلك لا باعتبار ما ذكر هنا.

## المسئله الثالثه [اشتراط القبض فى صحه الوقف] :

### اشاره

لا خلاف فى اشتراط القبض فى صحه الوقف و تمامه بحيث أنه بعده لا رجوع فى الوقف،و أما قبله فله الرجوع و لو مات قبله رجع ميراثا، بمعنى أن الانتقال عن المالك مشروط بالعقد و القبض فيكون العقد جزء السبب الناقل،و تمامه القبض،و على هذا فالعقد فى نفسه صحيح،الا أنه غير ناقل إلا بالقبض،و لهذا جاز فسخه قبل القبض،و بطل بالموت قبله.

و من ذلك يعلم أن النماء المتخلل بين العقد و القبض للواقف،و ربما عبر بعضهم بأنه شرط فى اللزوم،و الظاهر أن مراده ما ذكر لا ما يتبادر من ظاهر هذه العباره،و قد صرح فى المسالك بذلك.

و بالجمله فالظاهر أن أصل الحكم لا اشكال فيه و لا خلاف نصا و فتوى، و الذى وقفت عليه من النصوص المتعلقه بهذا الحكم ما رواه

المشايخ الثلاثه فى الصحيح عن صفوان بن يحيى (۱)

«عن أبى الحسن عليه السلام قال:سألته عن الرجل



---

۱- ۱) الكافى ج ۷ ص ۳۷ ح ۳۶،التهذيب ج ۹ ص ۱۳۴ ح ۱۳،الوسائل ج ۱۳ ص ۲۹۸ ح ۴.

یوقف الضیعه ثم یبدو له أن یحدث فی ذلک شیئا،فقال:ان کان أوقفها لولده و لغیرهم،ثم جعل لها قیما لم یکن له أن یرجع و ان کانوا صغارا و قد شرط ولایتها لهم حتی یبلغوا فیحوزها لهم لم یکن له أن یرجع فیها،و ان کانوا کبارا لم یسلمها إلیهم و لم یخاصموا حتی یحوزوها عنه فله أن یرجع فیها،لأنهم لا یحوزونها و قد بلغوا».

و ما رواه الصدوق فی کتاب کمال الدین و تمام النعمه بسنده إلی محمد بن جعفر الأسدی فیما ورد علیه من جواب مسائله من محمد بن عثمان (۱)العمری(رضی الله عنه)عن صاحب الزمان(صلوات الله علیه)،و رواه

الطبرسی فی الاحتجاج (۲)عن أبی الحسین محمد بن جعفر الأسدی عن محمد بن عثمان عن صاحب الزمان علیه السلام قال:

و أما ما سألت عنه من الوقف علی ناحیتنا و ما یحل لنا ثم یحتاج الیه صاحبه فکل ما لم یسلم فصاحبه فیه بالخیار،و کل ما سلم فلا خیار فیه لصاحبه احتاج أو لم یحتج افتقر الیه أو استغنی عنه،الی أن قال:و أما ما سألت من أمر الرجل الذی یجعل لناحیتنا ضیعه یسلمها لمن یقوم فیها و یعمرها، و یؤدی من دخلها خراجها و مؤنتها،و یجعل ما بقی من الدخل لناحیتنا فان ذلک جائز لمن جعله صاحب الضیعه قیما علیها،انما لا یجوز ذلک لغیره».

و استدل الأصحاب(رضوان الله علیهم)هنا بجمله من الأخبار التی بلفظ الصدقه بناء علی ما فهموه منها من حمل الصدقه فیها علی الوقف،و سیأتی نقلها إنشاء الله تعالی فی محلها.

و منها ما رواه

الشیخ عن عبید بن زراره (۳)عن أبی عبد الله علیه السلام أنه قال

فی رجل تصدق علی ولد له قد أدرکوا:قال:إذا لم یقبضوا حتی یموت فهو میراث



---

۱- ۱) الوسائل ج ۱۳ ص ۳۰۰ ح ۸ الباب ۴ من أبواب أحکام الوقوف،کمال الدین ص ۵۲۰ ح ۴۹.
۲- ۲) الاحتجاج ج ۲ ص ۲۹۸ ط النجف.
۳- ۳) التهذیب ج ۹ ص ۱۳۷ ح ۲۴،الوسائل ج ۱۳ ص ۲۹۹ ح ۵.

فان تصدق على من لم يدرك من ولده فهو جائز،لأن الوالد هو الذى يلى أمره و قال:لا يرجع فى الصدقه إذا تصدق بها ابتغاء وجه الله.

و بهذه الروايه استدل الأصحاب(رضوان الله عليهم)على أن موت الواقف قبل الإقباض مبطل للوقف،و موجب لرجوعه ميراثا حيث أنهم فهموا من الصدقه هنا الوقف.

و اعترضهم فى المسالک فقال:و قد فهم الأصحاب من الحديث أن المراد بالصدقه الوقف،و استدلوا به على ما ذكرناه،مع احتمال أن يريد بالصدقه معناه الخاص،فلا يكون دليلا،و يؤيده قوله فى آخر الحديث،«و قال:لا يرجع فى الصدقه إذا تصدق بها ابتغاء وجه الله تعالى»فان الحكم من خواص الصدقه الخاصه،لا الوقف.

أقول:قوله فان الحكم من خواص الصدقه الى آخره محل بحث سيأتى ذكره ان شاء الله تعالى،و قال فى المسالک:و الظاهر أن موت الموقوف عليه قبل القبض كموت الواقف،لأن ذلک هو شأن العقد الجائز فضلا عن الذى لم يتم ملكه و لكنهم اقتصروا على المروى،و يحتمل هنا قيام البطن الثانى مقامه فى القبض و يفرق بينهما بأن يموت الواقف ينتقل ماله الى وارثه و ذلک يقتضى البطلان كما لو نقله فى حياته،بخلاف موت الموقوف عليه،فان المال بحاله و لم ينتقل الى غيره،لعدم تماميه الملک،و فى التحرير توقف فى صحته إذا قبض البطن الثانى و لم يذكره فى غيره و لا غيره،انتهى.

و فيه أن المفهوم من الأخبار المتقدمه و المتبادر من إطلاق القبض انما هو بالنسبه إلى البطن الأول،و هو الموقوف عليه أولا،فإن قوله فى صحيحه صفوان المذكوره«و ان كان لم يسلمها إليهم فله أن يرجع»و قوله فى الروايه الثانيه «و كلما لم يسلم فصاحبه بالخيار»ظاهر فى أن القبض الموجب للزوم إنما هو بالنسبه إلى الموقوف عليه أولا،و إلا فإنه متى لم يقبض فالواقف بالخيار،ان شاء

سلمه و لزم الوقف،و ان شاء لم يسلمه فيبطل الوقف،على أنه لو صح ما احتمله بالنسبه إلى البطن الثانى لجرى أيضا فيما بعده.

و بالجمله فإن الانتقال إلى البطن الثانى فرع صحه الوقف و لزومه بالنسبه إلى البطن الأول،و إلا لصح الوقف لو وقف أولا على من لا يصح الوقف عليه ثم على غيره ممن يصح،و هم لا يقولون به،ثم انه يجب أن يعلم أن القبض المعتبر هنا هو القبض المتقدم تحقيقه فى كتاب البيع.

و تمام تحقيق الكلام فى المقام يتوقف على بيان أمور

## الأول [قبض الولى لمن هو ولى عليه كقبضه] :

الظاهر أنه لا خلاف و لا إشكال فى أن قبض الولى لمن هو ولى عليه كقبضه و ان كان الواقف الولى،كما لو وقف على أولاده الأصاغر،فإن قبضه قبل الوقف كاف فى قبضه لهم بعده،و عليه تدل صحيحه صفوان المتقدمه،و كذا روايه عبيد بن زراره،و مثلهما روايات أخر أيضا،و لا يجب تجديد النيه و القصد فى كونه قبضا عن المولى عليه،لعدم الدليل عليه،و إطلاق النصوص يقتضى العدم،و احتمل بعضهم اعتبار قصده قبضا عن المولى عليه بعد العقد،لأن القصد هو الفارق بين القبض السابق الذى كان على جهه الملك،و اللاحق الذى للموقوف عليه.

و إطلاق النصوص المذكوره يرده،إلا أن ظاهر صحيحه صفوان ربما أشعر به،لقوله«و ان كانوا صغارا و قد شرط ولايتها لهم حتى يبلغوا فيحوزها لهم» فان الظاهر أن المراد قصد ولايتها لهم،إلى أن يبلغوا،فلا بد حينئذ من تجديد النيه،على أن التحقيق أن التجديد أمر لا بدئ لا ينفك عنه الواقف كذلك بحسب الطبيعه و الجبله،لأن من كان له ملك و أزال ذلك الملك عن نفسه بنقله الى غيره ممن له الولايه عليه،فإنه لا بد من تغير قصده،و نيته فى وضع اليد عليه من أنه بالملك فى الأول،و بالولايه فى الثانى،فاختلاف القصد بين الحال الأولى و الثانيه أمر جبلى طبيعى كما لا يخفى،و الظاهر كما استظهره جمله من الأصحاب ان ما كان فى يد الولى بطريق الوديعه أو العاريه،و وقفه صاحبه على المولى عليه

فان قبضه بإحدى الطريقتين المذكورتين كاف،كما لو كان هو الواقف.

### الثانی [عدم الفرق بین أنواع الولی] :

الظاهر أنه لا ـ فرق فی الاکتفاء بقبض الولی بین کون الولی أبا أو جدا أو وصیهما أو حاکما شرعیا،و ان کان مورد الأخبار المتقدمه الأب،فإنها إنما خرجت مخرج التمثیل،لا الاختصاص،إذا العله مشترکه بین الجمیع،و تردد بعض الأصحاب فی إلحاق الوصی بالمذکورین،نظرا إلی ضعف یده و ولایته بالنسبه إلی غیره.

قال فی المسالک و نعم ما قال فی رد هذا المقال:و لا وجه للتردد،فإن أصل الولایه کاف فی ذلک،و المعتبر هو تحقق کونه تحت یدی الواقف،مضافا إلی ولایته علی الموقوف علیه،فتکون یده کیده،و لا یظهر لضعف الید و قوتها أثر فی ذلک،انتهی و هو جید.

### الثالث [فی اقتضاء الاحتیاط کون القبض بإذن الواقف] :

الظاهر أن المشهور هو کون القبض باذن الواقف،فلو وقع بدونه لغی و توقف فیه صاحب الکفایه،قال:و حجته غیر واضحه،و علله فی الروضه بامتناع التصرف فی ملک الغیر بغیر إذنه،و الحال أنه لم ینتقل إلی الموقوف علیه بدونه.

و فیه أنه و ان لم ینتقل إلیه قبل القبض الا ـ أنه ینتقل إلیه بالقبض بلا خلاف و لا اشکال فلو قبضه الموقوف علیه و ان لم یکن باذن الواقف صدق حصول القبض الذی هو الناقل،و اشتراط الأذن یحتاج إلی دلیل.

و یمکن الاستدلال علی ما ذکروه بقوله علیه السلام فی صحیحه صفوان«و ان کانوا کبارا لم یسلمها إلیهم فله أن یرجع»و کذا قوله علیه السلام فی التوقیع«فکل ما لم یسلم فصاحبه بالخیار و کلما سلم فلا خیار فیه»،فان ظاهره أن القبض إنما یتحقق بتسلیم الواقف،و دفعه بالفعل أو الأذن،إلا ـ أن روایه عبید بن زراره قد وقع التعبیر فیها هنا بلفظ القبض المنسوب إلی الموقوف علیه،فقال:إذا لم یقبضوا حتی یموت فهو میراث،و مفهومه أنه لو قبضوا أعم من أن یکون بإذن أو غیره

كان صحيحا لازما،و مثلها فی هذه العباره قوله علیه السلام فی صحیحه محمد بن مسلم إذا لم یقبضوا حتی یموت فهو میراث و نحوها،روایات آخر الا أنها وردت بلفظ الصدقه،لکن الأصحاب استدلوا بها علی أحکام الوقف،بناء علی فهمهم منها أن المراد بالصدقه منها الوقف کما تقدمت الإشاره إلیه.

و یمکن تقیید إطلاق هذه الروایات بالخبرین الأولین بمعنی تخصیص القبض المذکور فیها بما إذا اقترن بالإقباض من الواقف،فلا بد من تسلیم الواقف،و دفعه لیحصل القبض المعتبر شرعا،و کیف کان فالاحتیاط یقتضی الوقوف علی القول المشهور.

## الرابع:هل یکتفی بالقبض السابق و ان کان علی غیر وجه شرعی

کالمقبوض بالغصب،و الشراء الفاسد إشکال،ینشأ من أن المتبادر من القبض فی أخبار المسئله هو القبض الشرعی،و هذا القبض منهی عنه،فلا یؤثر فی الصحه،و لهذا لو قبضه الموقوف علیه بغیر إذن بطل کما تقدم،و من حصول القبض فی الجمله، و أن النهی عنه غیر موجب للبطلان،لأن ذلک فی العبادات،و إنما غایته الإثم مع أنه لقائل أن یقول:إن النهی عن هذا القبض و ان وقع باعتبار أول الأمر من حیث الغصب و نحوه،الا أنه بعد وقف الواقف ذلک المغصوب علی من هو فی یده و اراده تملیکه إیاه،یعلم اختلاف الحالین،فإنه قرینه ظاهره فی الرضا بقبضه و یصیر اختلاف حالی القبض هنا کما فی صوره قبض الولی لأولاده الصغار ما وقفه علیهم،فان القبض أمر واحد مستصحب فی کلتی المسئلتین و ان کان فی الأول ملکا للواقف،و بعد الوقف یصیر ملکا للموقوف علیهم بالنسبه إلی تلک المسئله،و غصبا منهیا عنه قبل الوقف،و شرعیا بعد الوقف،لإفادته الرضا به بالنسبه إلی هذه المسئله،و قد تقدم نظیر ذلک فی الرهن.

و اضطرب کلام العلامه(رحمه الله علیه)فی التذکره فی هذه المسئله،ففی کتاب الرهن کما قدمنا نقله عنه ثمه قطع باشتراط الأذن،و مضی زمان یمکن

تجـدد القبض فيه،و لم يكتف بقبض الغاصب و نحوه،و فی هـذا الكتاب قطع بالاكتفاء بقبض الغاصب كما اخترناه،و ظاهر كلام المحقق فی الشرائع يؤذن بالاكتفاء بقبض الغاصب،قال فی المسالك:و لعله أجود.

أقول:وجه قوته يعلم مما ذكرناه و ان لم يتنبه له أحد من أصـحابنا، (رضوان الله عليهم)،قال فی المسالك:و حيث لا يعتبر تجديد القبض،لا يعتبر مضـی زمان يمكن فيه احداثه،و ان اعتبر اعتبر،لأن الإذن فيه يستدعی تحصيله، و من ضروراته مضی زمان يمكن فيه،بخلاف ما لا يعتبر فيه التجديد،و قد تقدم مزيد تحقيق له فی الرهن.

أقول:قد أشرنا فی الكتاب المذكور إلی أن ما ذكره من التحقيق غير جدير بالنظر إليه،و لا حقيق.

## الخامس [عدم اشتراط الفوريه فی القبض] :

قد صرح جمله من الأصحاب(رحمهم الله)بأنه لا يشترط فی القبض الفوريه بعد العقد،بالأصل و عدم الدليل علی ذلك.

أقول:و يشـير إلی عدم ذلك قوله عليه السلام فی روايه عبيد بن زراره،و صحيحه محمد بن مسلم«إذا لم يقبضوا حتی يموت فهو ميراث»فإنه ظاهر فيما قلناه، حيث علق البطلان بعـدم القبض حتی يموت،المؤذن بعدم البطلان متی تحقق القبض و ان تراخی عن العقد الا أن يموت،أو يفسخ العقد.

## السادس [فی أن المراد بالقبض قبض البطن الأول] :

ينبغی أن يعلم أن القبض المعتبر شرعا فی الوقف إنما هو بالنسبه إلی البطن الأول بغير خلاف يعرف،فيسقط اعتبار ذلك فی بقيه البطون،لأنهم يتلقون الملك عن البطن الأول،و قد تحقق أولا،و لزم بالقبض أولا،و هذا هو مقتضـی الأخبار المتقدمه،فإن غايه ما يدل عليه هو القبض ممن وقف عليه أولا دون غيره ممن تأخر من البطون،و الأصل العدم حتی يقوم دليل علی خلافه.

## السابع [لزوم نصب قيم للقبض فيما لو كان الوقف علی الفقراء أو الفقهاء] :

لو كـان الوقف علی الفقراء أو الفقهـاء فلاـ بـد من نصب قيم للقبض، لمـا عرفت من أن القبض معتبر شـرعا فی صـحه الوقف،و الموقوف علی هؤلاء

المذکورین فی الحقیقه إنما هو وقف علی الجهه،کما سیأتی بیانه إنشاء الله تعالی قریبا،لا وقف علی الأشخاص،فلا یکفی قبض بعضهم،لأنه لیس هو الموقوف علیه، و إنما الوقف علی جهه من جهات مصلحته،فلا بد من نصب قیم للقبض من الواقف أو الحاکم،أو قبض الحاکم بنفسه،الا أن ظاهر خبر صدقه أمیر المؤمنین علیه السلام بالعین التی فی ینبع کما تقدم لیس فیه أزید من قوله ذلک اللفظ المحکی فی الخبر،و به ثبت الوقف و تم،الا أنه یمکن أن یقال:ان قبضه علیه السلام لذلک لما کان بطریق الولایه لتلک الجهه،و هو الحاکم الشرعی کان ذلک کافیا.

نعم لو کان الواقف لیس حاکما شرعیا فان الواجب نصب القیم من جهته، أو جهه الحاکم أو الحاکم بنفسه کما ذکرناه،و قد تقدم فی صحیحه صفوان قوله علیه السلام ان کان أوقفها لولده أو لغیرهم ثم جعل لها قیما لم یکن له أن یرجع، و الظاهر أن المراد أنه أوقفها علی أولاده البالغین مع غیرهم من الجهات العامه، و جعل قیما للوقف،فإنه لا یجوز له الرجوع لحصول القبض من القیم،فیکون الخبر دلیلا فی المسئله،و حمل الأولاد علی البالغین،لأن حکم الصغار مذکور بعدهم فی الروایه،و أن الأب یقبض عنهم بالولایه،و لو کان علی مصلحه محضه، کالمساجد و القناطر و نحوها،فان القبض فی ذلک إلی الناظر المعین لتلک المصلحه من الواقف أو الحاکم،و الحکم عندی فی هذا المقام لا یخلو من شوب التردد و الأشکال لعدم معلومیه اشتراط القبض من الأدله کما لو کان الوقف علی موجود مخصوص، و لا یشترط القبول هنا،و لا فی السابق لما تقدم من أن القبول إنما هو من الموقوف علیه فی هذین الموضعین إنما هو الجهه،و لا یعقل اعتبار قبولها علی أنک قد عرفت ما فی ذلک من البحث و المناقشه.

## الثامن [کیفیه تحقق القبض فی وقف المسجد و المقبره] :

أطلق بعضهم تحقق القبض فی وقف المسجد و المقبره بصلاه واحد فیه و دفن واحد فیها،و قیده آخر بوقوع ذلک بأذن الواقف،لیتحقق الإقباض الذی هو شرط صحه القبض،و قیده ثالث بأن یوقع الصلاه و الدفن بنیه القبض أیضا فلو

أوقعا ذلک لا بنیته کما لو وقع قبل العلم بالوقف أو بعده قبل الاذن فی الصلاه أو بعده،لا بقصد القبض،إما لذهوله عنه أو لغیر ذلک لم یلزم،و مثله الدفن قالوا:هذا إذا لم یقبضه الحاکم الشرعی أو منصوبه و الا فالأقوی الاکتفاء به إذا وقع باذن الواقف لأنه نائب المسلمین.

أقول:لم أقف فی هذا المقام علی نص یتضمن شیئا من هذه الأحکام،و هو مبنی علی ما تقرر عندهم من عدم ثبوت المسجدیه الا بالوقف،و قد تقدم منا تحقیق فی ذلک فی کتاب الصلاه فی التتمه الملحقه بالمقدمه السادسه فی المکان (۱)و استوفینا الکلام معهم رضوان الله علیهم فی ذلک فلیرجع إلیه من أحب الوقوف علیه.

## التاسع [فی عدم جواز الرجوع فی الوقف بعد القبض و اعتبار قصد التقرب فیه] :

المفهوم من کلام أکثر الأصحاب و هو صریح جمله منهم أنه بعد القبض لیس للواقف فیه رجوع بوجه و قال الشیخ المفید(رحمه الله علیه)فی المقنعه:الوقوف فی الأصل صدقات،لا یجوز الرجوع فیها الا أن یحدث الموقوف علیه ما یمنع الشرع من معونتهم،و القربه إلی الله بصلتهم،أو یکون تغیر الشرط فی الوقف إلی غیره أرد علیهم و أنفع لهم من ترکه علی حاله.

قال ابن إدریس بعد نقل ذلک عنه:و الذی یقتضیه مذهبنا أنه بعد وقفه و تقضیه لا یجوز الرجوع فیه،و لا تغییره عن وجوهه و سبله و لا بیعه،سوآء کان بیعه أرد علیهم أم لا-إلی أن قال:فمن ادعی غیر ذلک فقد ادعی حکما شرعیا یحتاج فی إثباته إلی دلیل شرعی،انتهی.

و أجاب العلامه فی المختلف عن ذلک:بما یؤذن بالجمع بین الکلامین، من حمل کلام الشیخ المفید علی أن الواقف له قد شرط شرطا یمتنع بدونه اجراء الوقف علی حاله،قال:فههنا یخرج الوقف عن اللزوم،و أن یکون الواقف قد قصد معونه الموقوف علیهم لصلاحهم و دینهم،فیخرج أربابه عن هذا



---

۱- ۱) ج ۷ ص ۳۰۱.

الوصف إلی حد الکفر،فلقائل أن یقول یخرج أربابه عن الاستحقاق،لأن الوقف صدقه،و من شرط الصدقه التقرب إلی الله تعالی،فمن لا یصح التقرب بالمعاونه علیه یبطل الوقف علیه،انتهی.

و الذی یقرب عندی أن کلام الشیخ المشار الیه(قدس الله روحه)مبنی علی مسئله أخری،و هو أنه هل یشترط فی صحه الوقف القربه الی الله تعالی به،فلو خلا منها لم یکن وقفا صحیحا أم لا؟فعلی الأول لو تجدد من الموقوف علیه بعد الوقف ما ینافی التقرب الی الله تعالی بصلته کاتصافه بالکفر بطل الوقف،کما أنه یبطل ابتداء لو کان کافرا،فإنه لا یجوز الوقف علیه،الا أن یکون الکافر أحد الأبوین علی ما سیأتی تفصیله-ان شاء الله تعالی-فی تلک المسئله،و قد صرح بما قلناه ابن إدریس فی تلک المسئله،فقال:لا یجوز الوقف علی الکفره الا أن یکون الکافر أحد الأبوین، لان من صحه الوقف و شرطه نیه القربه فیه،انتهی.

و الشیخ المفید(قدس سره)قد صرح فی کتابه المذکور باشتراط القربه فی صحه الوقف،کما یشیر الیه کلامه هنا،فقال فی موضع آخر:و لا بد فی ذکر الوقف من شرط الصدقه به،و القربه الی الله تعالی بذلک،و حینئذ فاعتراض ابن إدریس علیه لیس فی محله،لأنه من القائلین بهذا القول کما سمعت من عبارته المذکوره،و مثلها ما صرح به فی موضع آخر أیضا حیث قال:و جمله القول أنه یفتقر صحه الوقف إلی شروط،إلی أن قال:و منها أن یکون متلفظا بصریحه قاصدا الیه،و التقرب به الی الله تعالی،و المراد بقوله متلفظا بصریحه،یعنی الإتیان بالعباره الصریحه فی عقد الوقف،و حینئذ فإذا کان مذهبه أن التقرب شرط فی صحه الوقف فیبطل بدونه،لفوات الشرط المذکور،فإنه لا فرق بین البطلان بفواته فی الابتداء،و فی الأثناء،فإن شرطیته ثابته ابتداء و استمرارا،فکلام الشیخ المذکور بناء علی ما ذکرناه لا یعتریه نقص و لا قصور،بقی الکلام فی تحقیق هذه المسئله،و هو أنه هل یشترط فی صحه

الوقف القربه أم لا؟قد عرفت من كلام الشيخ المفيد و ابن إدريس القول بذلك، و نحوهما الشيخ فى النهايه،حيث قال:و الوقف و الصدقه شيء واحد،و لا يصح شيء منهما إلا بعد ما يتقرب به الى الله تعالى،و ان لم يقصد بذلك وجه الله لم يصح الوقف.

و أما فى المبسوط فلم يتعرض لذلك بنفى و لا إثبات،و ظاهر كلام شيخنا الشهيد الثانى فى المسالك العدم،كما يشير اليه كلامه المتقدم فى هذه المسئله و قال فى المفاتيح و فى اشتراط نيه القربه قولان،و الأصح العدم،لعدم دليل عليه بل العمومات تنفيه،نعم حصول الثواب يتوقف عليه.

أقول:و يدل على ما ذكره المتقدمون من الاشتراط ما رواه

فى الكافى و التهذيب فى الصحيح عن عبد الرحمن بن الحجاج (۱)قال:

بعث الى أبو الحسن موسى عليه السلام بوصيه أمير المؤمنين عليه السلام و هى:بسم الله الرحمن الرحيم هذا ما أوصى به و قضى به فى ماله عبد الله على ابتغاء وجه الله ليولجنى به الجنه،و يصرفنى به عن النار،و يصرف النار عنى يوم تبيض وجوه و تسود وجوه أن ما كان لى من مال ينبع من مال يعرف لى فيها و ما حولها صدقه،و ما كان لى بوادى القرى صدقه،و ما كان لى بديمه و أهلها صدقه،و ما كان لى بأذنيه و أهلها صدقه،فى سبيل الله،الى أن قال:هذه صدقه واجبه بتله حيا أنا أو ميتا ينفق فى كل نفقه يبتغى بها وجه الله فى سبيل الله،و ذوى الرحم من بنى هاشم و بنى المطلب الى أن قال:و لا يباع منه شيء و لا يوهب و لا يورث». الحديث و ما نقلناه ملخص الخبر فإنه طويل،و هو كما ترى وقف مشتمل على التقرب.

و مثله ما روى من وقف الكاظم عليه السلام (۲)و قد تقدم ذكرها فى الموضع الثانى



---

۱- ۱) الكافى ج ۷ ص ۴۹ ح ۷،التهذيب ج ۹ ص ۱۴۶ ح ۵۵،الوسائل ج ۱۳ ص ۳۱۲ ح ۴.
۲- ۲) الكافى ج ۷ ص ۵۳ ح ۸،التهذيب ج ۹ ص ۱۴۹ ح ۵۷،الوسائل ج ۱۳ ص ۳۱۴ ح ۵.

من المطلب الأول،و فيها تصدق موسى بن جعفر بصدقته هذه و هو صحيح،صدقه حبسا بتلا بتا لا مشوبه فيها و لا ردا أبدا ابتغاء وجه الله تعالى و الدار الآخره»إلى آخر ما تقدم.

الا-أن الخبرين المذكورين ليسا فى الاشتراط،فيجوز أن يكون ذكر ذلك لترتب الثواب الأخروى على ذلك الوقف،إذ بدون التقرب لا يترتب عليه ثواب و ان صح و لزم،كما صرحوا به.

و يمكن أن يكون مستند الشيخ المفيد و من تبعه فى ذلك انما هو الأخبار الداله على أن الصدقه لا-تصح و لا-تلزم إلا بالقربه،بحمل الصدقه على الوقف،مثل

قول أبى عبد الله عليه السلام فى موثقه حماد و هشام و ابن أذينه و ابن بكير (۱)

«لا صدقه و لا عتق إلا ما أريد به وجه الله تعالى».

و موثقه عبيد بن زراره (۲)قال:

سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يتصدق بصدقه إله أن يرجع فى صدقته،فقال:ان الصدقه محدثه،انما كان النحل و الهبه و لمن وهب أو نحل أن يرجع فى هبته حيز أو لم يحز،و لا ينبغى لمن أعطى شيئا لله أن يرجع فيه».

و روايه زراره (۳)

«عن أبى عبد الله عليه السلام قال.إنما الصدقه محدثه،انما كان الناس على عهد رسول الله(صلى الله عليه و آله و سلم)ينحلون و يهبون،و لا-ينبغى لمن أعطى لله شيئا أن يرجع فيه،قال.و ما لم يعط لله و فى الله فإنه يرجع فيه نحله كانت أو هبه حيزت أو لم تحز»الحديث.

و التقريب فيها أن المفهوم من كلام الشيخ المفيد أن الوقوف لا تخرج عن الصدقات بل هما أمر واحد فى قصد التقرب الى الله عز و جل،و هو صريح كلام الشيخ فى النهايه لقوله و الوقف و الصدقه شيء واحد،لا يصح شيء منهما إلا بعد التقرب،و اليه يشير



---

۱- ۱) الكافى ج ۷ ص ۳۰ ح ۲،التهذيب ج ۹ ص ۱۵۹ ح ۶۷،الوسائل ج ۱۳ ص ۳۲۰ ح ۳.
۲- ۲) التهذيب ج ۹ ص ۱۵۳ ح ۲،الوسائل ج ۱۳ ص ۳۴۲ ح ۱.
۳- ۳) الكافى ج ۷ ص ۳۰ ح ۳،التهذيب ح ۹ ص ۱۵۲ ح ۱،الوسائل ج ۱۳ ص ۳۳۴ ح ۱.

قوله فی المقنعه ان الوقوف فی الأصل صدقات،بمعنی أنه إنما یطلق فی الأصل و الصدر السابق علی الوقف لفظ الصدقه،و هو حق کما سمعته من الأخبار المتقدمه،سیما أخبار وقوف الأئمه علیهم السلام و الیه یشیر قوله علیه السلام فی هذین الخبرین«إنما الصدقه محدثه،یعنی إطلاق هذا اللفظ علی ما یعطی بقصد التقرب محدث،و انما الذی کان یستعمل فی زمنه(صلی الله علیه و آله و سلم)النحله و الهبه أعم من أن یکون مقترنه بالتقرب لله سبحانه،فتدخل فیه الصدقه بالمعنی المتأخر أو لم یکن کذلک،و هذا المعنی الذی استعمل فیه لفظ الصدقه انما هو الوقف،و المستعمل من لفظ الصدقه فی الصدر الأول انما هو الزکاه کما دلت علیه الآیه،و حینئذ فإذا کان الأصل فی إطلاق الصدقه انما هو المعنی المترتب علی لفظ الوقف،فلا بد من اشتراط التقرب فیه لاشتراط الصدقه بالقربه،و ان جری ذلک أیضا فی الصدقه بالمعنی المتأخر فیجب اشتراط القربه فی الصدقه بکل من المعنیین بالتقریب المذکور.

و مجمله أن إطلاق لفظ الصدقه علی الوقف کما عرفت فی الأخبار إنما هو من حیث أن الوقوف إنما تکون لله سبحانه،و ما کان لله سبحانه فلا رجعه من هذه الجهه لأنه قد استحق الأجر،و کتب له الثواب،فلا یجمع بین العوض و المعوض،و بهذا التقریب یتم المدعی من شرطیه التقرب فی الوقف،کما هو قول أولئک الفضلاء المتقدمین،و لم یحضرنی الآن من کتب المتقدمین غیر من قدمت ذکره.

### المسئله الرابعه [اشتراط إخراج المال فی صحه الوقف و حکم الوقف المنقطع الأول] :

#### اشاره

قد عرفت أن من شرائط الوقف إخراجه عن نفسه،و لا خلاف فی بطلانه لو وقف علی نفسه،سواء اقتصر علی ذلک أو جعله بعد نفسه لغیره،إنما الخلاف فیما إذا جعله لغیره بعد ذکر نفسه و هو الوقف المنقطع الأول فقیل:بالصحه فیه،و هو قول الشیخ فی المبسوط و الخلاف،و لا فرق فی ذلک بین أن یقفه أولا علی نفسه أو علی غیره ممن لا یجوز الوقف علیه،و مرجعه الی منقطع الأول،و المشهور فی کلام الأصحاب بطلان الوقف من أصله.

و قال الشيخ فى الخلاف:إذا وقف على من لا يصح الوقف عليه مثل العبد، أو حمل لم يوجد،أو رجل مجهول و ما أشبه ذلك،ثم بعد ذلك على أولاده الموجودين فى الحال،و بعدهم فى الفقراء و المساكين بطل الوقف فيما بدأ بذكره لأنه لا يصح الوقف عليهم،و صح فى حيز الباقين،لأنه يصح الوقف عليهم،و استدل بأنه ذكر نوعين،أحدهما لا يصح الوقف عليه،و الآخر يصح،فإذا بطل فى حيز من لا يصح الوقف عليه،صح فى حيز من يصح الوقف عليه،لأنه لا دليل على إبطاله و لا مانع منه.

و قال فى المبسوط:إذا كان الوقف منقطع الابتداء،و متصل الانتهاء،بأن يقف أولا على من لا يصح الوقف عليه،ثم على من يصح،كمن يقف على نفسه أو عبده أو المجهول أو المعدوم أو الميت،ثم على الفقراء و المساكين،الذى يقتضيه مذهبنا أنه لا يصح الوقف،لأنه لا دليل عليه،و فى الناس من قال:يصح تفريق الصفقه،و إذا قال:لا يصح تفريق الصفقه بطل الوقف فى الجميع،و بقى الوقف على ملك الواقف لم يزل عنه،و من قال:يصح تفريق الصفقه أبطله فى حق من لا يصح الوقف عليه،و صححه فى حق الباقين،و هذا قوى يجوز أن يعتمد عليه،لأنا نقول بتفريق الصفقه،انتهى.

و استدل العلامه فى المختلف و الشهيد الثانى فى المسالك على البطلان كما هو المشهور بما ملخصه أن اللازم من القول بالصحه أحد أمور ثلاثه:إما صحه الوقف مع انتفاء الموقوف عليه،أو وقوع الوقف المشروط،أو عدم جريان الوقف على حسب ما شرطه الواقف،و اللوازم كلها باطله،و ليرجع فى توجيه الملازمه الى ما ذكروه ثمه.

و الأظهر فى الاستدلال على ذلك هو ما رواه

فى الكافى عن على بن سليمان (1)قال:

«كتبت إليه يعنى أبا الحسن عليه السلام:جعلت فداك ليس لى ولد

ص :156

---

1- 1) الكافى ج 7 ص 37 ح 33،التهذيب ج 9 ص 129 ح 1،الوسائل ج 13 ص 296 ح 1،الفقيه ج 4 ص 177 ح 623.

و لی ضیاع ورثتها من أبی و بعضها استفدتها و لا آمن الحدثان،فان لم یکن لی ولد و حدث بی حدث فما تری جعلت فداك؟لی أن أوقف بعضها علی فقراء إخوانی و المستضعفین أو أبیعها و أتصدق بثمنها فی حیاتی علیهم؟فإنی أتخوف أن لا ینفذ الوقف بعد موتی،فإن أوقفتها فی حیاتی فلی أن آکل منها أیام حیاتی أم لا؟ فکتب علیه السلام:فهمت کتابک فی أمر ضیاعك،و لیس لك أن تأکل منها،و لا من الصدقه،فإن أنت أکلت منها لم تنفذ»الحدیث.

و هو ظاهر فی أنه لو وقف علی نفسه بطل الوقف،و التقریب فیه أن مقتضی الوقف علی نفسه جواز الأکل منه،مع أنه لیس له ذلك بالخبر المذکور،فلا ثمره لهذا الوقف لو قیل به،و منه یعلم أن عدم جواز الأکل مستلزم لبطلان الوقف علی نفسه،و المراد من عدم النفوذ إنما هو البطلان.

و مما یدل علی إخراجه نفسه مما یقفه علی غیره ما رواه

الشیخ فی الصحیح عن إسماعیل بن الفضل الهاشمی (1)قال:

«سألت أبا عبد الله علیه السلام عن الرجل یتصدق ببعض ماله فی حیاته فی کل وجه من وجوه الخیر،و قال:ان احتجت إلی شیء من مالی أو من غله فأنا أحق به،إله ذلك و قد جعله لله؟و کیف یکون حاله إذا هلك الرجل؟أ یرجع میراثا أو یمضی صدقه؟قال:یرجع میراثا علی أهله».

و ما رواه

عنه (2)فی الصحیح أیضا

«عن أبی عبد الله علیه السلام قال:من أوقف أرضا ثم قال:ان احتجت إلیها فأنا أحق بها ثم مات الرجل فإنها ترجع الی المیراث».

و هذه الروایات،و ان لم تدل علی خصوص البطلان فی وقفه علی نفسه کما هو المدعی،إلا أنك قد عرفت من التقریب المتقدم ما یدل علی ذلك،و مع الإغماض عن ذلك،فإنها ظاهره بل صریحه فی أنه یجب إخراج نفسه مما أوقفه



---

۱- ۱) التهذیب ج ۹ ص ۱۴۶ ح ۵۴،الوسائل ج ۱۳ ص ۲۹۷ ح ۳.
۲- ۲) التهذیب ج ۹ ص ۱۵۰ ح ۵۹.

على غيره من جميع الجهات،أعم من أن يقف على نفسه أو يشترط الرجوع اليه كلا أو بعضا أو نحو ذلك مما يخرج عن الوقف على غيره،و نحوها أيضا

روايه طلحه بن زيد (۱)

«عن أبی عبد الله علیه السلام عن أبيه أن رجلا تصدق بدار له،و هو ساكن فيها،فقال:الحين اخرج منها».

و الأظهر عندی فی الاستدلال على بطلان الوقف المنقطع الأول هو أن يقال:

لا ريب أن الأصل عصمه المال من الانتقال الا بدليل شرعی،و لم نعلم من الشرع صحه الوقف بهذه الكيفيه،فإن الأخبار الوارده فی الوقف عنهم عليه السلام فعلا-أو أمرا أو تقريرا إنما اشتملت على الوقف أولا-على من يصح الوقف عليه،ثم على من عقبه به،فلو صدره بمن لا يصح الوقف عليه من نفسه،أو غيره من الافراد المشار إليها آنفا فالحكم بالصحه يتوقف على دليل،و ليس فليس،و تخرج الروايات المذكوره شاهده على ذلك،و ان كان موردها أخص،و المفهوم من عباره المبسوط أن القائل بالصحه إنما هو من المخالفين،لأن مرمى لفظ الناس ذلك،و يعضده ما ذكره من التعليل العليل،فإنه الأربط بمذاهب العامه،و ان استحسنه هنا و تبعهم فيه،كما أن قوله الذی يقتضيه مذهبنا،فيه إشاره إلى الاتفاق عليه عندنا و تعليله المذكور جيد،كما ذكرنا.

## تنبيهات:

### الأول [فيما يترتب عليه على تقدير القول بالصحه]

-اعلم أنهم قد صرحوا بأنه على تقدير القول بالصحه كما هو مذهب الشيخ فی الكتابين المذكورين فهل ثبتت هذه الصحه لغيره من حين الوقف؟ أم بعد موت الواقف؟وجهان:ثم نقلوا عن الشيخ اختيار الأول،و هو أن الوقف ينتقل لذلك الغير من حين الوقف كما هو ظاهر كلامه المتقدم.

ثم انهم اعترضوه بأنه خلاف مقصود الواقف.

و قد قال العسكری عليه السلام (۲)



---

۱- ۱) التهذيب ج ۹ ص ۱۳۸ ح ۲۹،الوسائل ج ۱۳ ص ۲۹۷ ح ۴.

۲- ۲) التهذيب ج ۹ ص ۱۲۹ ح ۲،الوسائل ج ۱۳ ص ۲۹۵ ح ۱.

«ان الوقوف على حسب ما يوقفها أهلها». و أهلها لم يقصدوا ذلك الغير ابتداء فكيف تصرف إليه.

و هذا الاعتراض عندى لا يخلو من خدش،لأنه لا خلاف فى بطلان الوقف على نفسه فى هذه الصوره،و لا خلاف فى أن الخبر على إطلاقه غير معول عليه،و الا لدخل تحته جمله الوقوف الباطله التى لا خلاف فى بطلانها،فلا بد من تخصيصه بما كان صحيحا شرعا،و الشيخ يدعى أن الوقف على ذلك الغير مع تقدم الوقف على نفسه صحيح،و إن بطل وقفه على نفسه،لأن وقفه على نفسه قد خرج من إطلاق الخبر المذكور،فيكون شاملا لما ادعاه بناء على دعواه،فإلزامهم له بأن مقتضى ما ذكره خلاف ما دل عليه الخبر،مردود بأنه و ان دل بإطلاقه على ذلك،الا أنه يجب تخصيصه،و إخراج هذه الصوره و نحوها من إطلاقه،كما عرفت.

و بالجمله فإن الظاهر ان اعتراضهم عليه غير موجه و لا ظاهر،و من ثم أعرضنا عن نقل دليلهم المتقدم ذكره إلى ما قدمناه من الدليل الواضح السبيل.

ثم انهم ذكروا بعد رد قول الشيخ بما قدمنا نقله عنهم بأن الأقوى تفريعا على الصحه انصرافه إليه بعد موت الموقوف عليه،قالوا:و بهذا يسمى منقطع الأول.

أقول:لا أعرف لقوه ما ذكروها وجها،الا أن يكون باعتبار صدق هذه التسميه على هذا التقدير،دون الأول،و هو لا يجدى نفعا،على أن هذه التسميه إنما هى فى كلامهم،و مجرد اصطلاح منهم،بل الأقوى إنما هو الأول بالتقريب الذى ذكرناه،و اندفاع ما أوردوه على الشيخ(رحمه الله).

**الثانى [لو وقف على نفسه و غيره] :**

قالوا:لو وقف على نفسه و غيره بأن وقع العطف بالواو ففى صحه الوقف على الغير بأن يكون فى النصف،و يبطل فى النصف الآخر،أو فى الكل بأن يكون الكل وقفا عليه،أو يبطل فى حقه كما فى قرينه أوجه،:و ظاهره فى المسالك ترجيح الأول و الميل إليه،قال:و لو عطف الغير فى الأول على نفسه بالواو، فليس بمنقطع الأول،لبقاء الموقوف عليه ابتداء و هو الغير،فان الموقوف عليه

ليس هو المجموع منه و من الغير،من حيث هو مجموع،بل كل واحد منهما، و الأقوى حينئذ صحه الوقف على الغير فى نصفه،و بطلان النصف فى حقه،لعدم المانع من نفوذ الوقف فى النصف،مع وجود المقتضى للصحه و هو الصيغه مع ما يعتبر معها.

و يحتمل ضعيفا أن يكون الكل للغير،خصوصا لو جعلناه للغير فى السابق كما مر،نظرا إلى أن الموقوف بالنسبه إليهما هو المجموع من حيث هو مجموع، فالحكم بالتنصيف إنما نشأ من امتناع كون المجموع وقفا على كل منهما كمنقطع الأول،فإذا امتنع الوقف على أحدهما خاصه،انصرف وقف المجموع إلى الآخر.

و يضعف بأنه إنما وقف عليهما بحيث يكون لكل منهما حصه،فإذا بطل فى أحدهما لم ينصرف الموقوف كله إلى الآخر،لان ذلك خلاف مدلول الصيغه، و خلاف مراد الواقف،و العقد تابع للقصد،انتهى،و كأن من احتمل البطلان كما قدمنا نقله نظر إلى أنه منقطع الأول و لو فى الجمله.

أقول:المسئله كغيرها لخلوها من النص لا تخلو من الأشكال،و ان كان ما اختاره فى المسالك قوى الاحتمال.

### الثالث [فى بطلان الوقف باشتراط قضاء ديونه أو أداء مؤنته] :

قد صرحوا بأنه لو وقف على غيره و شرط قضاء ديونه أو أدار مؤنته بطل الوقف،و هو كذلك لما تقدم من الأخبار فى المسئله،فإنها و ان لم تتضمن ما ذكروه هنا بخصوصه،الا أن ظاهرها نقل الملك و المنافع عن نفسه، و إذا شرط الواقف قضاء ديونه أو أدار مؤنته أو نحو ذلك فقد شرط ما ينافى مقتضاه،فيبطل الشرط و الوقف،و الأولى أن يجعل هذا الكلام توجيها للنص، و العله الحقيقيه إنما هى النص،و هذا الكلام مما يصلح توجيها له و بيانا للحكمه فى ذلك،و مقتضى الأخبار المذكوره بطلان الوقف بهذا الشرط،كما هو المشهور، و قد تقدم الخلاف فى ذلك،و القول فى المسئله بأن الباطل إنما هو الشرط خاصه مع صحه أصل العقد،و قد تقدم تحقيق الكلام فى هذه المسئله فى مواضع

أولها مقـدمات الكتاب أعنى المقـدمات الواقعه فى أول جلـد كتاب الطهاره (۱)و بينـا ثمه أن الأولى فى ذلك هو الوقوف على الأخبـار فيمـا ترد به من الأحكـام،و أن ذلـك لا تتخـذ قاعـده كليه فى بطلان الشـرط خاصه،أو أصل العقـد،كما يفهم من كلام الأصحاب،بـل يجب الوقوف فيه على موارد النصوص،حيث أن بعضـها تضـمن بطلان الشـرط خاصه،مع صـحه أصل العقـد فى بعض الأحكـام،و بعضـها تضـمن بطلاـن أصـل العقـد فى بعض آخر،كمـا فى هـذا الموضع و غيره،ثم انه لا فرق فى البطلان بما يشترط بين أن لاـ يكون قليلاـ أو كثيرا،لوجود المقتضـى فى الجميع،قال فى المسالك:و من جوز الوقف على نفسه جوز اشتراط هذه الأشياء مطلقا.

أقول:ظـاهر هـذا الكلاـم وجود قول فى المسـئله بجواز الوقف على نفسه، مع أن ظاهر الأصـحاب الاتفاق على العـدم و هو نفسـه ممن صـرح بـذلك أيضا،فقال فى شـرح قول المصـنف و من وقف على نفسه لم يصـح،لا خلاف بين أصـحابنا فى بطلان وقف الإنسـان على نفسه الى آخره،و الظـاهر أن منع الاـشتراط المـذكور انمـا هو بالنسـبه إلى نفسه،و إلا فلو اشترط لغيره من أقاربه أو غيرهم صح الوقف و الشرط،و يدل على ذلك ما رواه

المشايخ الثلاثه فى الصحيح عن جعفر بن حيان (۲)و هو مجهول أو واقفى قال:

«سألت أبا عبد الله عليه السـلام عن رجل أوقف غله له على قرابته من أبيه،و قرابته من أمه،و أوصـى لرجل و لعقبه عن تلك الغله ليس بينه و بينه قرابه بثلاثمـائه درهم فى كـل سـنه و يقسم البـاقى على قرابته من أبيه،و قرابته من أمه؟قال:جائز للـذى أوصـى له بذلك،قلت:أ رأيت ان لم يخرج من غله الأرض التى وقفها إلا خمسـمائه درهم،فقال:أ ليس فى وصيته ان يعطى الذى أوصى له مـن الغلـه ثلاثمـائه درهم و يقسم البـاقى على قرابته من أمه و قرابته من أبيه،قلت:نعم،قـال:ليس لقرابته أن يأخـذوا من الغله شـيئا حتى يوفى الموصى له بثلاثمائه درهم،ثم لهم ما بقى من



---

۱- ۱) ج ۱ ص ۱۶۴.

۲- ۲) الكافى ج ۷ ص ۳۵ ح ۲۹،التهذيب ج ۹ ص ۱۳۳ ح ۱۲،الوسائل ج ۱۳ ص ۳۰۶ ح ۸.

بعـد ذلـک،قلت:أ رأیت ان مـات الـذی أوصـی له؟قـال:ان مـات کانت الثلاثمائه درهم لورثته یتوارثونها ما بقی أحـد منهم فإذا انقطع ورثته،و لم یبق منهم کـانت الثلاثمـائه درهم لقرابه المیت،ترد الی مـا یخرج من الوقف،ثم یقسم بینهم یتوارثون ذلـک ما بقوا و بقیت الغله،قلت:فللورثه من قرابه المیت بـأن یبیعوا الأـرض إذا احتـاجوا و لم یکفهم مـا یخرج من الغله؟قال:نعم إذا رضوا کلهم و کان البیع خیرا لهم باعوا».

و فی هذا الخبر دلاله علی تفسیر العقب بالورثه،و الأکثر علی أن المراد به إنما هو الولد،و ولد الولد،و قیل بتفسیره بالورثه،و هذا الخبر صـریح فیه کما تری،و أما ما ذکره آخر الخبر من جواز بیع الوقف،فقـد تقدم الکلام فیه مسـتوفی فی فصل البیع من کتاب التجاره (1).

و ما رواه

فی الکافی عن أحمد بن محمد (2)و الظاهر أنه البزنطی فی الصحیح

«عن أبی الحسن الثانی علیه السـلام قال:سألته عن الحیطان السبعه التی کانت میراث رسول الله(صلی الله علیه و آله و سلم)لفاطمه علیهـا السـلام فقال:لا انما کانت وقفا،و کان رسول الله(صـلی الله علیه و آله و سـلم)یأخـذ إلیه منها ما ینفق علی أضـیافه،و التابعه تلزمه فیهـا فلمـا قبض جـاء العبـاس یخـاصم فـاطمه علیها السـلام فیها فشـهد علی علیه السـلام و غیره أنها وقف علی فاطمه علیها السلام و هی الدلال،و العواف،و الحسنی،و الصافیه،و ما لأم إبراهیم و المیثب،و البرقه».

و رواه الصدوق و الشـیخ مرسلا (3)و فیه بـدل و التابعه تلزمه فیها و من یمر به،و ظاهر الخبر المـذکور أنه(صـلی الله علیه و آله و سلم)وقف هذه الحوائط فی حیاته علی فاطمه علیها السلام،و شرط الإنفاق منها علی أضیافه،و ما ینوبه و هو المشار الیه



---

۱- ۱) ج ۱۸ ص ۴۴۴.
۲- ۲) الکافی ج ۷ ص ۴۷ ح ۱.
۳- ۳) التهذیب ج ۹ ص ۱۴۵ ح ۵۱،الفقیه ج ۴ ص ۱۸۰ ح ۱۴،الوسائل ج ۱۳ ص ۳۱۱ ح ۳.

بالتابعه أى ما يتبع الإنسان مما يهمه و يعينه.

### الرابع [فى حكم أخذ الواقف من الوقف] :

المشهور بين الأصحاب أنه لو وقف على الفقراء فصار فقيرا أو على الفقهاء فصار فقيها فإنه يصح له الأخذ منه،و مشاركه المذكورين،و خالف فى ذلك ابن إدريس،فمنع من ذلك لخروجه عنه،فلا يعود اليه.

و فصل العلامه فى المختلف تفصيلا حسنا،فقال:و الوجه عندى أن الوقف ان انتقل الى الله تعالى كالمساجد،فإنه للواقف الانتفاع به،كغيره من الصلاه فيه،و غيرها من منافع المسجد،و ان انتقل الى الخلق لم يدخل،سواء كان مندرجا فيهم وقت الوقف،كما لو وقف على المسلمين أو على الفقهاء و هو منهم،أو لم يكن،كما لو لم يكن فقيها وقت الوقف ثم صار منهم،لنا أنه مع الانتقال الى الله تعالى يكون كغيره،لتساوى النسبه مع جميع الخلق،فلا معنى لإخراجه عنه مع ثبوت المقتضى و هو الإباحه السالمه عن معارضه وقفه على نفسه،و مع الانتقال إلى من يندرج فيهم،أو دخل لمكان دخوله تحت اللفظ العام،فيكون قد وقف على نفسه و غيره،فيبطل فى حق نفسه،فان العام يتساوى نسبه أفراده اليه،انتهى.

أقول:و مما يؤيد أن الوقف فى هذه الصوره انما ينتقل الى الله عز و جل دون الموقوف عليه،أن الوقف على هذه الكيفيه ليس وقفا على الأشخاص المتصفين بهذا الوصف،فليس وقفا على نفسه،و لا على جماعه هو منهم،و انما هو وقف على جهه مخصوصه،و هى جهه الفقر و المسكنه مثلا،و قصد نفع الموصوف بهذه الصفه لا أشخاص بعينهم،و لهذا انه لا يشترط قبولهم و لا قبول بعضهم و إن كان ممكنا لأنه لم ينتقل إليهم،و لا يجب صرف النماء على جميعهم،بل يجوز أن يخص به بعضهم و لو واحد منهم،و لو كان وقفا عليهم لوجب إيصاله إلى كل فرد فرد منهم،مثل ما لو وقف على أولاده و نحوهم.

و الى هذا التفصيل مال فى المسالك أيضا احتج القائلون بالعموم بأنه وقف

صحیح فیتناول کل من یدخل تحت اللفظ عملا بإطلاقه،و هو کغیره و الفرق ظاهر بین الوقف علیه بالتنصیص،و الاندراج تحت العموم،و مع الفرق لا یتم القیاس،و أجیب بالمنع من کونه کغیره فان الفرق واضح،إذ یصح الوقف علی غیره دونه،و لا فرق بین التنصیص و الاندراج فی الإراده من اللفظ،و المطلق ممنوع منه،و یتساوی جزئیاته فی المنع.

و أنت خبیر بأن المسئله لعدم النص لا ـ تخلو من شوب الأشکال و ان کان ما ذکره العلامه(أجزل الله تعالی إکرامه)لا یخلو من قرب.

و نقل عن الشهید فی بعض فتاویه أنه یشارک ما لم یقصد منع نفسه أو إدخالها و استحسنه فی المسالک،قال:فإنه إذا قصد إدخال نفسه فقد وقف علی نفسه،و لم یقصد الجهه،و إن قصد منع نفسه فقد خصص العام بالنیه،و هو جائز فیجب اتباع شرطه السابق و انما یبقی الکلام عند الإطلاق،انتهی و هو جید.

**الخامس [فی شرط الواقف عند الوقف عوده إلیه عند الحاجه] :**

اختلف الأصحاب فیما لو شرط الواقف فی عقد الوقف عوده الیه عند الحاجه،و الخلاف هنا وقع فی موضعین:أحدهما فی صحه هذا الشرط و بطلانه،و المشهور الأول،بل ادعی المرتضی(رضی الله عنه)الإجماع علیه،قال:

و مما انفردت به الإمامیه القول بأن من وقف وقفا جاز أن یشترط أنه ان احتاج الیه فی حال حیاته کان له بیعه،و الانتفاع بثمنه،و به قال الشیخ المفید و الشیخ فی النهایه،و ابن البراج،و سلار،و المحقق فی الشرائع،و العلامه و الشهید الثانی فی المسالک و غیرهم.

و قیل:بالثانی و هو مذهب ابن إدریس،مدعیا علیه الإجماع،و الشیخ فی المبسوط،و ابن حمزه،و ابن الجنید،و المحقق فی النافع،احتج الأولون علی ما ذکره فی المسالک،و قبله العلامه فی المختلف بالإجماع المنقول فی کلام المرتضی و عموم «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» (۱)

«و المؤمنون عند شروطهم» (۲).

و قول العسکری علیه السلام

ص: ۱۶۴

---

۱- ۱) سوره المائده-الایه ۱.

۲- ۲) التهذیب ج ۷ ص ۳۷۱ ح ۶۶،الوسائل ج ۱۵ ص ۳۰ ح ۴.

«الوقوف علی حسب ما یوقفها أهلها» (۱).

و خصوص

روایه إسماعیل بن الفضل (۲)قال:

«سألت أبا عبد الله علیه السلام عن الرجل یتصدق ببعض ماله فی حیاته فی کل وجه من وجوه الخیر؟و قال:ان احتجت إلی شیء من مالی أو من غله فأنا أحق به أ له ذلک و قد جعله لله؟و کیف یکون حاله إذا هلک الرجل أ یرجع میراثا أم یمضی صدقه؟قال:یرجع میراثا علی أهله».

هکذا نقله فی المسالک،قال:و المراد بالصدقه فی الروایه الوقف لقرینه الباقی،و لأن الوقف تملیک المنافع،فجاز شرط الخیار فیه کالإجاره،انتهی.

و عندی ان هذا الاستدلال لا یخلو من تطرق الإشکال،أما الإجماع فمعلوم مما سبق فی غیر مقام،و لا سیما مع مقابلته بالإجماع الذی ادعاه ابن إدریس، و إجماعات المرتضی(رضی الله عنه)فیما انفرد به من الأقوال کثیره،و به یظهر ضعف الاستناد إلیه فی جمیع الأحکام کما تقدم تحقیقه،و أما عموم «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» «و المؤمنون عند شروطهم»ففیه أنه لا ریب أن العقد کما یطلق علی الصحیح، یطلق علی الفاسد،و کذلک الشرط،فیقال:عقد صحیح،و عقد فاسد،و شرط صحیح و شرط فاسد،و لا جائز أن یأمر الشارع بالوفاء بالعقد الفاسد،و لا بالشرط الفاسد،فالأمر بالوفاء بالعقد و الشرط إنما یتوجه إلی العقد الصحیح،و الشرط الصحیح،و دعوی کون ذلک صحیحا هنا محل النزاع کما ذکرنا،فلا یتم الاستدلال.

و بذلک یظهر أن الاستدلال بهذین الدلیلین لا یخرج عن المصادره،و أما حدیث العسکری علیه السلام فقد قدمنا سابقا أنه لا یجوز الاستدلال به علی إطلاقه، لتناوله للوقوف الباطله اتفاقا کالوقف علی نفسه،أو علی عبد أو حمل أو نحو ذلک



---

۱- ۱) التهذیب ج ۹ ص ۱۲۹ ح ۲،الوسائل ج ۱۳ ص ۲۹۵ ح ۲.

۲- ۲) التهذیب ج ۹ ص ۱۴۶ ح ۵۴،الوسائل ج ۱۳ ص ۲۹۷ ح ۳.

مما اتفقوا على بطلانه،فلا بد من تخصيصه بالوقف الصحيح المستكمل لشرائط الصحه،و دعوى كونه هنا كذلك محل البحث و النزاع،فيرجع ذلك إلى المصادره أيضا.

و أما حديث إسماعيل بن الفضل فلا أعرف له دلاله على ما ادعوه ان لم يكن بالدلاله على البطلان أشبه،و ذلك فان كلام السائل قد تضمن السؤال عن شيئين:

أحدهما أن هذا الشرط هل يصح أم لا؟و إليه أشار قوله فى الخبر المذكور«إله ذلك و قد جعله لله»و الثانى أنه ما حكمه بعد موت الرجل،و الحال هذه أ يرجع ميراثا أم يبقى وقفا،و الجواب فى الخبر إنما وقع عن الثانى خاصه،و لا ريب أن رجوعه ميراثا كما أجاب به عليه السلام كما أنه يصح مع صحه الوقف،كما ادعوه كذلك يكون صحيحا مع البطلان،كما يقوله الخصم،بل هو أولى بالبطلان، بل هو الظاهر،فإن الأظهر أن الامام عليه السلام جعل هذا الجواب جوابا عن السؤالين معا،و الا فسكوته عن جواب السؤال الأول من غير وجه يدعوه إليه مشكل، و حينئذ فحكمه عليه السلام برجوعه ميراثا متضمن للجواب صريحا عن السؤال الثانى، و ضمنا عن الأول،بمعنى أن رجوعه ميراثا كنايه عن كونه لم يخرج عن ملكه فى حال حياته،و يؤيده قوله و قد جعله لله.

و قد تقدم فى جمله من الأخبار أن ما جعله لله لا رجعه فيه،و حاصله أنه ليس له الرجوع بما ذكره لكونه قد جعله لله سبحانه،بل هو باطل فى حال حياته و موته،و رجوعه ميراثا إنما هو لذلك،لأن الحكم بصحته فى حال الحياه باطل،بما ستعرفه فى حجه القول الثانى.

و نحو هذه الروايه

صحيحه إسماعيل الثانيه (1)المتقدمه عن أبى عبد الله عليه السلام قال:

من أوقف أرضا ثم قال:ان احتجت إليها فأنا أحق بها،ثم مات الرجل فإنها ترجع ميراثا». فان الظاهر أن رجوعها كاشف عن بطلان الوقف فى حياته،و أن



---

1- 1) التهذيب ج 9 ص 150 ح 59.

رجوعها ميراثا إنما هو لذلك،و أما ما ذكره و العلامه(رحمه الله علیه)قبله من قوله و لأن الوقف تملیک للمنافع إلی آخره،فهو فی البطلان أظهر من أن یحتاج إلی مزید بیان،مضافا إلی أن بناء الأحکام الشرعیه علی مثل هذه التعلیلات العلیله مجازفه محضه.

استدل القائلون بالقول الثانی علی ما نقله فی المسالک،بأن هذا الشرط خلاف مقتضی الوقف،لأن الوقف إذا تم لم یعد إلی المالک علی حال،فیکون فاسدا و یفسد به العقد.

و العجب أنه فی المسالک مع تصدیه للانتصار للقول المشهور،و الجواب عما أورد علی أدلته ظاهره القصور لم یتعرض للجواب عن استدلال الخصم المذکور،و کیف یمکنه الجواب عنه،و هو قد اعترف بذلک فی مسئله ما لو وقف علی غیره،و شرط قضاء دیونه،أو أدار مؤنته،حیث قال:ثمه و إذا شرط الواقف قضاء دیونه أو أدار مؤنته أو نحو ذلک،فقد شرط ما ینافی مقتضاه، فبطل الشرط و الوقف،انتهی.

و لا ـ ریب أن مقتضی الوقف الذی ذکره هو عدم العود إلی الواقف بوجه، و حینئذ فکما أنه یبطله شرط قضاء الدیون و أدار المؤنه،کذلک یبطله اشتراط الرجوع إلیه لحاجته و فقره.

و بالجمله فإن الظاهر من الأخبار المتقدمه هو البطلان باشتراط الرجوع بأحد الوجوه المذکوره فی مواضع هذه المسئله،لبطلان هذه الشروط من الأکل من الوقف،أو شرط قضاء دیونه،أو الرجوع عند الحاجه،لاشتراک الجمیع فی العله المقتضیه للمنع،و هو الخروج عن مقتضی الوقف.

قال فی المختلف:احتج المانعون بأنه شرط ینافی عقد الوقف،فیبطل لتضمنه شرطا فاسدا،و الجواب المنع من منافاه الشرط العقد،و إنما یکون منافیا لو لم یکن الوقف قابلا لمثل هذا الشرط،انتهی.

و فیه ما عرفت من ثبوت المنافاه،قوله و إنما یکون منافیا لو لم یکن الوقف قابلا لمثل هذا الشرط محض مصادره،فان الخصم یدعی أنه غیر قابل،و بما حققناه فی المقام یظهر لک أن جمیع أجوبتهم عن حجج القول الثانی لا یخرج عن المصادره، و أن الأظهر هو بطلان العقد لبطلان الشرط المذکور،کسابقه من الشروط المتقدمه.

و ثانیهما أنه علی تقدیر القول بصحه العقد کما هو المشهور،فإنه إن حصلت الحاجه و رجع فی الوقف،فإنه یجوز الرجوع،و یبطل الوقف بلا خلاف بینهم،و انما الخلاف فیما إذا لم یرجع حتی مات،فهل یبطل الوقف بالموت؟ لصیرورته قبله بالشرط المذکور حبسا،فیرجع بعد الموت إلی ورثه الواقف،أم یستمر الوقف علی حاله؟قولان:نقل عن الشیخ و جماعه منهم المحقق و العلامه الأول،عملا بالروایه المتقدمه و هی صحیحه إسماعیل بن الفضل الأولی،بناء منهم علی دعوی دلالتها علی صحه الوقف و عدم بطلانه بمجرد هذا الشرط،و لکن هذا الشرط حیث کان منافیا للدوام الذی هو من شروط الوقف کان من قبیل الحبس فیبطل بالموت،و قد عرفت ما فیه،و أنه لا دلاله فی الروایه علی ما ادعوه.

و قیل:بالثانی و به صرح المرتضی:(رضی الله عنه)و اختاره فی المختلف، قال المرتضی(رضی الله عنه)معترضا علی نفسه فی تتمه کلامه الأول بأن هذا شرط یناقض کونه وقفا و حبسا بخلاف غیره من الشروط،و أجاب بأنه غیر مناقض،لأنه متی لم یختر الرجوع فهو ماض علی سبیله،و متی مات قبل العود نفذ أیضا نفوذا تاما،و هذا الحکم ما کان مستفادا قبل الوقف،فکیف یکون ذلک نقضا لحکمه، و قد بینا أن الحکم باق،انتهی و هو ظاهر فی استمرار صحه الوقف بعد الموت، قال فی المختلف:و هو الوجه عندی و تحمل الروایه علی ما إذا رجع.

و التحقیق بالنظر الی ما قدمناه حیث أنه لا دلیل علی الصحه هو بطلان الوقف و أن عوده میراثا انما هو من هذه الحیثیه،فلا أثر لهذا الخلاف،لبطلان الأساس

المبنی علیه،و هو ثبوت الصحه.

و أما جواب المرتضی(رضی الله عنه)عن الاعتراض الذی أورده علی نفسه بأنه متی لم یختر الرجوع فهو ماض علی سبیله الی آخر ما ذکره،ففیه أن المناقضه لا تترتب علی اختیاره الرجوع،و وقوع الرجوع بالفعل بل المناقضه حاصله بمجرد هذا الشرط،و ذکره فی العقد،حیث أن مقتضی العقد هو عدم الرجوع فی الموقوف علیه بعد الوقف،و مقتضی الشرط هو الجواز فالمناقضه حاصله،و بها یجب الحکم ببطلان الشرط،و ببطلانه یبطل العقد،و هذا هو دلیلهم علی بطلان العقد فیما لو شرط قضاء دیونه،أو أدار مؤنته،کما عرفت من عباره المسالک المتقدمه و به یظهر لک ما فی جوابه(قدس سره)من الضعف،و ان جمد علیه العلامه فی المختلف حیث أنه موافق لما اختاره و الله العالم.

**المسئله الخامسه:فی جمله من الشروط زیاده علی ما تقدم:**

**اشاره**

منها

**ما لو شرط إدخال من یرید مع الموقوف علیهم**

،و قد صرحوا بالجواز،سواء کان الوقف علی أولاده أو غیرهم،و عللوا ذلک بأن هذا الشرط لا ینافی مقتضی الوقف،فإن بنائه علی إدخال من سیوجد،و من سیولد من الموجودین وقت الوقف،و اشتراط إدخال من یرید إدخاله فی معناه بل أضعف،لأنه قد یرید،فیکون فی معنی اشتراط دخوله،و قد لا یرید فیبقی الوقف علی أصله،فإذا جاز الأول اتفاقا جاز الآخر کذلک أو بطریق أولی.

قالوا:و ما یقال-من أن إدخال من یرید یقتضی نقصان حصه الموقوف علیهم فیکون إبطالا للوقف فی ذلک البعض-غیر قادح،لأن ذلک وارد فی شرط إدخال المولود و نحوه،و لأن العقد لما تضمن الشرط لم یکن للموقوف علیه حق إلا مطابقا له، فلا یتغیر،و لأن الوقف لازم فی حق الموقوف علیه فی الجمله،و انما المختلف الحصه،و ذلک غیر قادح،کما لو وقف علی بطون فزادت تاره،و نقصت أخری.

أقول:و یمکن الاستدلال علی أصل المسئله بالأخبار الآتیه فی المقام الداله

على جواز الإدخال من غير شرط،

كصحيحه على بن يقطين (١)قال:

«سألت أبا الحسن عليه السلام عن الرجل يتصدق على بعض ولده بطرف من ماله،ثم يبدو له بعد ذلك أن يدخل معه غيره من ولده قال:لا بأس بذلك». و نحوها غيرها مما سيأتى ان شاء الله تعالى فى المسئله.

و التقريب فيها أنه إذا جاز الإدخال من غير شرط كما هو مدلول الأخبار المذكوره فمع الشرط بطريق أولى.

و كيف كان فالمسئله لا تخلو من شوب الاشكال،لعدم النص الواضح فى هذا المجال،و ما ذكروه من التعليل لا يصلح لتأسيس حكم شرعى كما عرفت فى غير موضع،و ما ذكرنا من الأخبار غير خال من الأشكال كما سيأتى ان شاء الله تعالى بيانه و الله العالم.

و منها-

## ما لو شرط إخراج من يريد

،و قد صرحوا هنا ببطلان الوقف، قال فى المسالك:و هو عندنا موضع وفاق،ثم علله زياده على ذلك بأن وضع الوقف على اللزوم،و إذا شرط إخراج من يريد من الموقوف عليهم كان منافيا لمقتضى الوقف،إذ هو بمنزله الخيار،و هو باطل،انتهى.

و هو جيد إلا أن فيه ردا عليه فيما اختاره من صحه الوقف مع اشتراط عوده إليه،عند الحاجه،فإنه لا يخفى أن اللزوم الذى هو وضع الوقف عليه كما يعتبر من جهه الموقوف عليه،بحيث لا يجوز إخراج بعضهم،كذلك يعتبر من حيث حبس الوقف عليهم،فلا يجوز للواقف الرجوع إليه بوجه،خصوصا مع اقترانه بالقربه،كما قدمنا بيانه من اشتراط الوقف بذلك،و قد تكاثرت الأخبار بأن ما كان لله تعالى فلا رجعه فيه.

و منها

## ما لو شرط نقله عن الموقوف عليهم إلى من سيوجد

،و المشهور هنا البطلان،بل ادعى عليه الشيخ الإجماع،و ذهب العلامه فى التذكره إلى صحه



---

١- ١) التهذيب ج ٩ ص ١٣٧ ح ٢٢،الوسائل ج ١٣ ص ٣٠٠ ح ١.

الشرط المذکور،مدعیا علیه الإجماع،و فی القواعد استشکل الحکم بالبطلان، و منشأ الاستشکال المذکور کما ذکره فی المسالک من بناء الوقوف علی اللزوم، فإذا شرط نقله عن الموقوف علیهم إلی غیره فقد شرط خلاف مقتضاه،فیبطل الشرط و العقد،و من عموم (۱)

«المؤمنون عند شروطهم».

و قول العسکری علیه السلام (۲)المتقدم ذکره

«من أن الوقوف علی حسب ما یوقفها أهلها». و أنه یجوز الوقف علی أولاده سنه،ثم علی المساکین.

أقول:قد عرفت ضعف الوجه الثانی من الاستدلال بالخبرین المذکورین و أما جواز الوقف علی أولاده سنه ثم علی المساکین،فصحته متوقفه علی قیام دلیل علیه،و مع تسلیم صحته،فوجه الفرق ظاهر،لأن مقتضی ما نحن فیه هو أنه بالوقف علیهم یلزم بقاؤه ما وجدوا کما هو مقتضی الوقف،و شرط النقل مناف له،و أما الوقف علی أولاده سنه فلیس کذلک،لأنه إنما وقف علیهم مده معینه، فلا ینافیه التعقیب بالوقف علی المساکین و بما ذکرنا یظهر لک ما فی دعواه فی التذکره الإجماع علی الصحه،مع استشکاله فی القواعد،و أما ما قیل فی تعلیل الصحه-زیاده علی ما ذکر-من أنه یصح الوقف باعتبار صفه للموقوف علیه کالفقر،فإذا زالت انتقل عنه إلی غیره ان شرط،و هو فی معنی النقل بالشرط،و نقل عن الدروس انه استقر به.

ففیه أولا ما عرفت فی غیر موضع من أن بناء الأحکام الشرعیه علی مثل هذه الاعتبارات الوهمیه-و التخریجات العقلیه،مع استفاضه الآیات و الاخبار بالمنع من القول بغیر علم و دلیل واضح من کتاب أو سنه-مجازفه محضه فی الأحکام الشرعیه،نسئل الله سبحانه المسامحه لنا و لهم من زلل الأقدام،و هفوات الأقلام.



---

۱- ۱) التهذیب ج ۷ ص ۳۷۱ ح ۶۶،الوسائل ج ۱۵ ص ۳۰ ح ۴.
۲- ۲) الکافی ج ۷ ص ۳۷ ح ۳۴،الوسائل ج ۱۳ ص ۲۹۵ ح ۲.

و ثانیا أنه مع الإغماض عن ذلک فوجه الفرق بین الموضعین ظاهر مما قدمناه فی التنبیه الرابع من المسئله السابقه (۱)،و ملخصه أن الوقف علی الفقراء إنما هو وقف علی الجهه کالوقف علی المساجد،و الوقف هنا ینتقل إلی الله تعالی، و یشترک فیه کل من اتصف بذلک العنوان حتی الواقف نفسه،فلا یحصل هنا نقل عن الموقوف علیه،لأنه لیس ثمه موقوفا علیه،و إنما یصیر مراعی ببقاء الصفه المذکوره من الفقر و نحوه،فإذا زالت کان فی حکم موت الموقوف علیه، بخلاف ما نحن فیه،فإنه بالوقف علیه یصیر ملکا له،و نقله عنه بالاختیار مناف لتملیکه له بالوقف،و بذلک یظهر لک أن الحق هو بطلان الوقف بهذا الشرط و الله العالم.

و منها

## ما لو وقف علی أولاده الأصاغر

،فإنه یجوز أن یشرک معهم غیرهم بالشرط فی العقد،و الظاهر أنه لا خلاف فیه،و إنما الخلاف فی أنه هل یجوز مع عدم الشرط أم لا؟المشهور الثانی،و قال الشیخ فی النهایه بالأول،قال:إذا وقف علی ولده الموجودین و کانوا صغارا ثم رزق بعد ذلک أولاد جاز أن یدخلهم معهم فیه،و لا یجوز أن ینقله عنهم بالکلیه إلیهم،و وافقه ابن البراج،إلا أنه قیده بعدم قصره علی السابقین،قال:الوقف یجب أن یجری علی ما یقفه الواقف، و یشترط فیه،و إذا وقف علی ولد موجود و هو صغیر،ثم ولد له بعده غیره،و أراد أن یدخله فی الوقف مع الأول کان جائزا،إلا أن یکون قد خص الولد الموجود بذلک،و قصره علیه،و شرط أنه له دون غیره ممن عسی أن یرزقه من الأولاد،فإنه لا یجوز له أن یدخل غیره فی ذلک.

و الاختلاف فی هذه المسئله ناش من اختلاف الأخبار فیها،فمما تدل علی القول المشهور

صحیحه علی بن یقطین (۲)

«عن أبی الحسن علیه السلام قال:سألته



---

۱- ۱) ص ۱۶۳.

۲- ۲) التهذیب ج ۹ ص ۱۳۷ ح ۲۲،الوسائل ج ۱۳ ص ۳۰۰ ح ۱.

عن الرجل يتصدق ببعض ماله على بعض ولده و يبينه لهم،إله أن يدخل معهم من ولده غيرهم بعد أن أبانهم بصدقته؟قال:ليس له ذلك الا أن يشترط أنه من ولد له فهو مثل من تصدق عليه فذلك له».

و يؤيدها

روايه جميل (۱)قال:

«قلت لأبی عبد الله علیه السلام الرجل يتصدق على ولده بصدقه و هم صغار،إله أن يرجع فيها قال:لا،الصدقه لله». و التقريب فيها أن إدخال الغير نوع من الرجوع فيها،و فيه ما فيه.

و مما تدل على القول الآخر

صحيحه علی بن يقطين الأخرى (۲)قال:

سألت أبا الحسن علیه السلام عن الرجل يتصدق على بعض ولده بطرف من ماله،ثم يبدو له بعد ذلك أن يدخل معه غيره من ولده،قال:لا بأس بذلك».

و روايه محمد بن سهل عن أبيه (۳)قال:

«سألت أبا الحسن الرضا علیه السلام عن الرجل يتصدق على بعض ولده بطرف من ماله ثم يبدو له بعد ذلك أن يدخل معه غيره من ولده؟قال:لا بأس به».

و صحيحه عبد الرحمن بن الحجاج (۴)

«عن أبی عبد الله علیه السلام فی الرجل يجعل لولده شيئا و هم صغار ثم يبدو له أن يجعل معهم غيرهم من ولده؟قال:

لا بأس».

و ما رواه فی كتاب

قرب الاسناد عن عبد الله بن الحسن (۵)عن علی بن جعفر

«عن أخيه موسى علیه السلام قال:سألته عن رجل تصدق على ولده بصدقه ثم بدا له أن يدخل غيره فيه مع ولده أ يصلح ذلك؟قال:نعم،يصنع الوالد بمال ولده ما أحب».

و أنت خبير بأن إيراد الأصحاب هذه الأخبار فی هذا المقام دليل على فهمهم

۱- ۱) التهذیب ج ۹ ص ۱۳۷ ح ۲۵،الوسائل ج ۱۳ ص ۲۹۸ ح ۲.

۲- ۲) التهذیب ج ۹ ص ۱۳۷ ح ۲۲.

۳- ۳) التهذیب ج ۹ ص ۱۳۶ ح ۲۱.

۴- ۴) التهذیب ج ۹ ص ۱۳۵ ح ۱۹.

۵- ۵) قرب الاسناد ص ۱۱۹،و هذه الروایات فی الوسائل ج ۱۳ ص ۳۰۱ ح ۱ و ۲ و ۳ ص ۳۰۲ ح ۵.

الوقف من إطلاق الصدقه،و یؤیده ما قدمناه من الأخبار الظاهره فی أن الصدقه فی الصدر الأول إنما هی بمعنی الوقف،و استعمالها فی هذا المعنی المشهور بین الفقهاء إنما هو محدث،و هی بهذا المعنی إنما تدخل فی النحل و الهبه،کما فی زمنه(صلی الله علیه و آله).

بقی الکلام فی الجمع بین هذه الأخبار،و هو لا یخلو من الإشکال،الا أنه یمکن أن یقال:ان روایه جمیل فالظاهر أنه لا دلاله فیها علی ما نحن فیه،و لا تعلق لها به،إذ المتبادر من الرجوع فی الصدقه إنما إخراجها عما فعله،و جعلها ملکا،کما کان أولا،فلا یکون من محل البحث فی شیء،و کذا صحیحه عبد الرحمن بن الحجاج،فإنها غیر صریحه بل و لا ظاهره فی محل البحث،لأن جعله لولده أعم من أن یکون بطریق لازم،أم لا کالوصیه به،أو الصدقه مع عدم القربه،فیمکن حمله علی أحد الوجهین المذکورین،و لا یکون من محل البحث فی شیء.

و أما صحیحه علی بن یقطین الأولی،فهی معارضه بصحیحه الثانیه،و جمع بینهما فی المسالک بأمرین أحدهما حمل الصحیحه الأولی علی ما إذا قصر الوقف علی الأولین،کما ذکره القاضی ابن البراج فیما قدمنا من نقل عبارته،و یشعر به قوله بعد أن أبانهم،فتحمل الثانیه علی ما لو لم یشترط ذلک کما یدل علیه إطلاقه، و ثانیهما حمل النفی فی الأولی علی الکراهه،ثم قال:و کلاهما متجه،الا أن الأول من التأویلین أوجه.

أقول:الذی یخطر ببالی العلیل و یختلج بفکری الکلیل إن ما ذکره من التأویل الأول الذی استوجهه و جعل علیه المعول لا یخلو من خدش،و ذلک فإنه متی حمل الخبر علی ما ذکره من قصر الوقف علی الأولین،مع أنه علیه السلام قال:فی الجواب لیس له ذلک الا أن یشترط أن من ولد له فهو مثل من تصدق علیه، فاللازم من ذلک هو عدم التعرض لحکم الإطلاق فی الروایه،مع أنه محل البحث،

و موضع الخلاف المحتاج إلى الدليل،لأن حاصل معنى الخبر على ما ذكره أنه متى قصر الوقف على الأولين فليس له أن يدخل معهم غيرهم إلا أن يشترط الإدخال، يعنى بأن لا يقصره عليهم و يشترط،فيكون الاستثناء منقطعا،فالمعلوم منه إنما هو حكم ما لو قصره عليهم،فإنه لا يجوز الإدخال،و حكم ما لو اشترط فإنه يجوز الإدخال،و الحكمان مما لا خلاف فيهما و لا اشكال،و أما لو لم يقصر الحكم عليهم و لا اشترط الإدخال فحكمه غير معلوم من الخبر،و هو محل البحث كما عرفت، و محتاج إلى الاستدلال.

و ما ذكره(قدس سره)معنى قريب فى الخبر،الا أنه يخرج به عن محل البحث كما عرفت،و تبقى صحيحته الأخرى خاليه من المعارض،فان ظاهرها الإطلاق،بمعنى أنه تصدق و لم يقصر و لم يشترط و قد أجاب عليه السلام بأنه لا بأس بالإدخال،و الحال هذه و نحوها الروايات الأخر،و على هذا يبقى القول المشهور عاريا عن الدليل،لأن دليله كما عرفت منحصر فى الروايتين المذكورتين،و هما صحيحه على بن يقطين الاولى،و روايه جميل،و قد عرفت ما فيهما.

و منه يظهر قوه قول الشيخ فى النهايه،لدلاله الروايات الباقيه عليه،الا أنه يبقى الإشكال فى هذا القول،و رواياته،فان مقتضى الوقف اللزوم،حيث أنه من العقود اللازمه متى تمت شرائطه،و قضيه اللزوم تمنع جواز الإدخال،و لهذا حمل الشيخ و غيره خبر محمد بن سهل عن أبيه على عدم القبض،و هذا الحمل يجرى أيضا فى صحيحه على بن يقطين الثانيه،و روايه قرب الاسناد،و أما روايه عبد الرحمن بن الحجاج المذكوره فى عداد هذه الأخبار فقد عرفت ما فيها، و على هذا فيمكن حمل صحيحه على بن يقطين الاولى على ما إذا أقبضهم،و لعل المراد بالإبانه فى الخبر المذكور ذلك،بمعنى أنه متى أبانهم بالوقف و أقبضهم إياه فليس له الإدخال إلا مع الشرط فى أصل العقد،و على هذا تجتمع الأخبار المذكوره.

و بالجمله فالمسئله غير خاليه من الاشكال،و ان كان القول المشهور هو الأوفق بالقواعد الشرعيه،من حيث اقتضائها لزوم الوقف بالعقد،و أما الاستدلال على ذلك بشيء من هذه الأخبار ففيه ما عرفت من تعدد الاحتمال فى الصحيحه التى هى أظهر ما استدل به على القول المذكور،و أما غيرها فقد عرفت ما فيه، و غايه ما استدل به العلامه فى المختلف لذلك قول العسكرى عليه السلام المتقدم،و قد تقدم ما فيه:و روايه جميل المتقدمه،و قد عرفت ما فيها،و الله العالم.

## المطلب الثالث فى شرائط الموقوف:

### اشاره

يشترط فيه أن يكون عينا مملوكه،يصح الانتفاع بها مع بقائها،و يصح إقباضها،و الكلام هنا فى مواضع:

### الأول:أن يكون عينا

،و المراد بالعين ما لم يكن دينا و لا منفعه و لا مبهما،لأن العين تطلق فى مقابله كل من هذه الثلاثه،فأما الوجه فى عدم صحه وقف الدين،فلأن الوقف كما تقدم عباره عن تحبيس الأصل و تسبيل المنفعه،و ذلك يقتضى أمرا موجودا فى الخارج يحكم عليه بذلك و الدين فى الذمه أمر كلى لا وجود له فى الخارج،فيكون وقفه قبل التعيين من قبيل وقف المعدوم،و من ثم منعوا من جواز هبه الدين لغير من هو عليه لذلك،كذا قالوا و الأظهر فى تعليل ذلك انما هو ما تقدمت الإشاره إليه سابقا من أن الوقف يقتضى نقل الوقف الى الموقوف عليه،فيجب الوقوف فيه على ما علم من الشارع كونه ناقلا،و ما علم كونه قابلا للانتقال بذلك،و لم يعلم من الأخبار تعلق الوقف بالديون و نقلها به،و الأصل العدم الى أن يثبت الدليل على ذلك،و إنما علم منه العين خاصه،و أما الوجه فى عدم جواز وقف المنفعه فعلل بأن وقفها مناف للغايه المطلوبه من الموقوف،و هى الانتفاع بها مع بقاء عينها،و الانتفاع بالمنفعه يستلزم استهلاكها شيئا فشيئا،و لجواز التصرف فى العين،لأنها لم يتعلق

بها الوقف،فتتبعها المنفعه فيفوت الغرض من الوقف،و الأظهر عندی فی الاستدلال هو ما تقدم ذکره، و أما الوجه فی عدم الجواز فی وقف المبهم سواء استند الی معین کفرس من هذه الأفراس،أم الی غیر معین کفرس بقول مطلق فلأن مرجع ذلک الی أمر کلی غیر موجود فی الخارج کما تقدم فی الدین،و انما یتعین بالتعیین، و الأظهر هنا أیضا هو الرجوع الی الدلیل المتقدم،و انما صرنا الی مخالفه الأصحاب فی هذه الأبواب فیما هنا و ما سلف فی غیر باب،لما عرفت من أن الأحکام الشرعیه لا تبنی علی مثل هذه التعلیلات العقلیه،و انما تبنی علی الأدله الشرعیه و أصاله العدم قاعده کلیه واضحه جلیه،لا نزاع فیها و لا شبهه تعتریها،إذ لا تکلیف إلا بعد البیان،و لا مؤاخذه إلا بعد اقامه البرهان کما هو مسلم بین جمله العلماء الأعیان،فالعله فی الجمیع انما هو ما ذکرناه،و یخرج ما ذکروه من التعلیلات شاهدا و وجها لما ذکرناه.

### الثانی:أن تکون مملوکه

و هو اما بمعنی صحه تملکها بالنظر الی الواقف فما لا یصح تملکه لا یصح وقفه،فلا یصح وقف الحر و لو رضی بذلک، و لا یصح وقف الخمر و الخنزیر من المسلم علی مسلم أو کافر،و یصح من الکافر علی مثله کما صرحوا به،و یصح وقف الکلب المملوک،قال فی المسالک:

و المراد بالمملوک أحد الکلاب السبعه.

أقول:لا أعرف من الکلاب المذکوره سوی کلب الصید،و کلب الماشیه و کلب الزرع،و کلب الحائط،و کلب الدار،هذا هو المصرح به فی کلامهم، و قد تقدم فی المقدمه الثالثه من المقدمات المذکوره فی صدر کتاب التجاره (۱)تحقیق ما یملک و ما لا یملک منها،و بینا هنا أن المستفاد من الأخبار هو بیع کلب الصید خاصه،و لهم فیما عداه اختلاف و أقوال قد قدمنا نقلها ثمه.



---

۱- ۱) ج ۱۸ ص ۷۹.

و بمـا ذكرنـا يظهر أنه لا يجوز وقف شـیء من الكلاب إلا كلب الصـید لأنها غیر مملوكه،و الـذی ثبت تملكه منها انما هو هـذا الفرد خاصه،و مجرد أن لها منفعه لا یكفی فی صـحه وقفها مع كونها غیر مملوكه،و لو صـح تملكها لصـح بیعها فكما امتنع البیع لعدم دخولها فی الملك امتنع الوقف لذلك،و قد عرفت أن المعلوم من الأخبار هو بیع الصید بخصوصه.

و أما بمعنی كونه ملكا للواقف بالفعل فلو لم یكن كـذلك لم یصـح وقفه، و علی هذا لا یصح الوقف فضولا و ان أجاز المالك كما هو أحد القولین فی المسئله و قیل:یصح بإجازه المالك،و توقف فی التذكره و الدروس.

و كلماتهم فی هذا المقام علیله لا تصـلح لتأسیس الأحكام،و قد عرفت فی كتاب البیع (۱)بطلان التصرف الفضولی بیعا كان أو وقفا أو غیرهما،لأنه تصرف فی مال الغیر بغیر اذنه و هو قبیح عقلا و نقلا،و قد مرت الروایات المصرحه بذلك.

و قال شیخنا الشـهید الثانی فی الروضه:ان أرید بالمملوكیه صـلاحیتها بالنظر الی الواقف،فهو شرط الصحه،و ان أرید به المالك الفعلی فهو شرط اللزوم، و الأولی أن یراد به الأعم،انتهی ملخصا.

أقول:هـذا التفصـیل مبنی علی مـذهبه،و قوله بصـحه العقد الفضولی،و أما علی ما اخترناه من القول ببطلانه فالأمر واحد،و هو أنه شرط فی الصـحه فی كلاـ الاحتمـالین و ما ذكره من أن الأولی أن یكون المراد به الأعم جیـد،إذ كما لا یصـح بالنسـبه الی ما لا یصح تملكه،كذا لا یصح بالنسبه الی ما لا یملكه بالفعل.

#### الثالث:أن یصح الانتفاع بها مع بقائها

،و لاـ ریب أنه یجب أن یكون لـذلك العین نفع محلـل مع بقائهـا فلو وقف مالا نفع فیه بالكلیه،أو كان الانتقاع به محرما،أو كان الانتفاع موجبا لـذهاب عینه كالخبز و الفاكهه و الطعام بطل، و لا یشترط فی الانتفاع كونه فی الحال:فیصح وقف العبد الصـغیر و الدابه الصغیره،



---

۱- ۱) ج ۱۸ ص ۳۷۷.

و لا يشترط كون العين مما تبقى مؤبدا فيصح وقف العبد و الثوب و أثاث البيت و القفار،و ضابطه ما عرفت من أنه ما يصح الانتفاع به منفعه محلله مع بقائه، و التأبيد المشترط فى الوقف إنما هو بمعنى دوامه بدوام وجود العين الموقوفه.

### الرابع:أنه لا بد من إقباضها

لما تقدم من أن شرط صحه الوقف القبض، فلو لم يحصل القبض بطل،فلا يجوز وقف الآبق،و نحوه البعير الشارد،قيل:

و يشكل بأن القبض المعتبر فى صحه الوقف ليس بفورى،و حينئذ فلا مانع من وقوع الصيغه صحيحه،و صحه الوقف مراعاه بقبضه بعد ذلك و ان طال الزمان، فان تعذر بطل،و هذا بخلاف البيع،فإنه معارضه من الجانبين،و شرطه إمكان تسليم العوضين فى الحال بالنص،فلا يتعدى الى غيره،للأصل،و لو قدر الموقوف عليه على تحصيله فالأولى الصحه،لزوال المانع و لا عبره بالضميمه هنا،لأن شرط الوقف القبض،و لا يكفى قبض بعض الموقوف،و هو هنا الضميمه عن الباقى،و على هذا فبين حكم البيع و الوقف بالنسبه إلى الآبق عموم و خصوص من وجه،انتهى و هو جيد.

### الخامس:هل يجوز وقف الدنانير و الدراهم أم لا؟

قولان:مبنيان على وجود المنفعه لهما مع بقاء عينهما و عدمه،و نقل فى المبسوط الإجماع على المنع من وقفهما إلا من شذ،و قد تقدم تحقيق البحث فى ذلك فى كتاب العاريه (۱)و أوضحنا فيه بالأخبار الوارده عنهم عليه السلام حصول المنافع منهما مع بقاء عينهما، فليرجع اليه من أحب الوقوف عليه و الله العالم.

### إلحاق [حكم وقف المشاع] :

الظاهر أنه لا خلاف و لا إشكال فى صحه وقف المشاع كغيره مما كان متميزا،و القبض موقوف على اذن الواقف و الشريك،و تدل على ذلك جمله من



---

۱- ۱) ج ۲۱ ص ۵۰۷.

الأخبـار و ان كـانت بلفـظ الصـدقه،لما عرفت آنفا من التعبير بهـذا اللفظ عن الوقف و أن أكثر اسـتعماله قـديما انما هو فی هـذا المعنی.

و منها

صحيحه الحلبی (۱)قال:

«سألت أبا عبـد الله عليه السـلام عن دار لم تقسم فتصدق بعض أهل الدار بنصـيبه من الدار؟قال:يجوز،قلت:أ رأيت ان كان هبه؟ قال:يجوز».

و روايه أبی بصير (۲)قال:

«سألت أبا عبد الله عليه السلام عن صدقه ما لم تقسم و لم تقبض؟فقال:جائزه إنما أراد الناس النحل فأخطأوا».

قوله صـدقه ما لم تقسم و لم تقبض»يعنی ما كان مشتركا قبل القسـمه،أو اشتراه مثلا و لم يقبضه،أو لم يقبضه بعـد القسـمه،و أما قـوله«و انمـا أراد النـاس الی آخره»فهو لاـ يخلو من خفـاء و غموض،و احتمـل فيه بعض الأصـحاب احتمالاـت بعيـده،الاـ أنه من المحتمل قريبا بمعونه ما قـدمناه فی الأمر التاسع من المسـئله الثالثه أن المراد انما أراد الناس من لفظ الصدقه فی مثل صدقه الدار النحله و الهبه أخطأوا فی ذلک،بل المراد به الوقف،كما يشير اليه قوله عليه السلام فيما قدمنا أن الصدقه محدثه،انما كانت النحله و الهبه و تسميه بعض أفرادها،هو ما كان مقرونا بالقربه صدقه،محدث من العامه،و انما الصدقه معنی الوقف.

و منه يعلم أن التقسيم الذی ذكره أصحابنا هنا من الوقف و الصدقه و الهبه، انما هو من العامه تبعهم فيه الأصحاب،و الا فليس الا الوقف المعبر عنه بالصـدقه فی أخبـار هـذا الباب و النحله و الهبه،و هـذه الصـدقه التی جعلوها قسـيما هنا انما هی من جمله أفراد النحل و الهبات.

و ما ذكرناه و ان لم يوافق كلامهم(رضوان الله عليهم)إلا أنه ظاهر الأخبار المذكوره،و عسی يأتی له مزيد تحقيق إنشاء الله تعالی فی باب الهبه و النحله.



---

۱- ۱) الكافی ج ۷ ص ۳۴ ح ۲۴،التهذيب ج ۹ ص ۱۳۳ ح ۱۱،الوسائل ج ۱۳ ص ۳۰۹ ح ۱.

۲- ۲) الكافی ج ۷ ص ۳۱ ح ۶،التهذيب ج ۹ ص ۱۳۵ ح ۱۸،الوسائل ج ۱۳ ص ۳۰۹ ح ۲.

و منها

روایه زراره (۱)عن أبی جعفر علیه السلام قال:

فی الرجل یتصدق بالصدقه المشترکه قال:جائز».

و روایه الفضل بن عبد الملک (۲)

«عن أبی عبد الله علیه السلام فی رجل تصدق بنصیب له فی دار علی رجل قال:جائز و ان لم یعلم ما هو». و الله العالم.

## المطلب الرابع فی شرائط الواقف [(البلوغ و العقل،و جواز التصرف)] :

### اشاره

و المشهور أنه یعتبر فیه البلوغ و العقل،و جواز التصرف،و الکلام هنا یقع فی موضعین

### أحدهما-فی وقف من بلغ عشرا

،و فیه قولان:استدل علی الصحه بروایه

زراره (۳)عن أبی جعفر علیه السلام قال:

إذا أتی علی الغلام عشر سنین فإنه یجوز له فی ماله ما أعتق،و تصدق و أوصی علی حد معروف و حق فهو جائز».

و الظاهر أن معنی آخر للحدیث أن کل ما صنع علی وجه المعروف،فهو جائز.

و الروایه و ان کان موردها الصدقه،الا أن الشیخ و جماعه عدوه إلی الوقف نظرا إلی أنه بعض أفراد الصدقه بالمعنی الأعم.

أقول:ظاهر الخبر کما عرفت أن کل ما صنع علی وجه المعروف فهو جائز، و حینئذ فیدخل فیه الوقف کما عرفت،و یؤید الروایه المذکوره

موثقه جمیل بن دراج (۴)عن أحدهما علیه السلام قال

یجوز طلاق الغلام إذا کان قد عقل و صدقته، و وصیته و ان لم یحتلم.

و موثقه الحلبی و محمد بن مسلم (۵)عن أبی عبد الله علیه السلام قال:

سئل عن صدقه الغلام ما لم یحتلم قال:نعم إذا وضعها فی موضع الصدقه».

---

۱- ۱) الکافی ج ۷ ص ۳۴ ح ۲۶،التهذیب ج ۹ ص ۱۳۷ ح ۲۳،الوسائل ج ۱۳ ص ۳۰۹ ح ۴.

۲- ۲) التهذیب ج ۹ ص ۱۵۲ ح ۶۸،الوسائل ج ۱۳ ص ۳۰۹ ح ۳.

۳- ۳) الکافی ج ۷ ص ۲۸ ح ۱،الفقیه ج ۴ ص ۱۴۵ ح ۲،الوسائل ج ۱۳ ص ۳۲۱ ح ۱.

۴- ۴) التهذیب ج ۹ ص ۱۸۲ ح ۸،الوسائل ج ۱۳ ص ۳۲۱ ح ۲.

۵- ۵) التهذیب ج ۹ ص ۱۸۲ ح ۹،الوسائل ج ۱۳ ص ۳۲۱ ح ۳.

قال المحقق فی الشرائع و فی وقف من بلغ عشرا تردد،و المروی جواز صدقته،و الاولی المنع،لتوقف رفع الحجر علی البلوغ و الرشد،و قال فی المسالک بعد إیراد روایه زراره و قریب منها روایه سماعه:و مثل هذه الأخبار الشاذه المخالفه لأصول المذهب،بل و إجماع المسلمین،لا تصلح لتأسیس هذا الحکم.

أقول:یمکن أن یقال:ان ما دل علی الحجر قبل البلوغ و الرشد و هو المشار إلیه فی کلامه فی المسالک بأصول المذهب مخصص بهذه الأخبار التی ذکرناها، و نحوها غیرها مما ورد فی الوصیه،

کروایه عبد الرحمن بن أبی عبد الله (1)قال:

« قال أبو عبد الله علیه السلام:«و إذا بلغ عشر سنین جازت وصیته». و فی معناها روایات عدیده فی الوصیه،و نسبه جمیع هذه الروایات إلی الشذوذ بعید جدا.

نعم لو کانت المخالفه منحصره فیما نقله من الروایات لأمکن ما ذکره،إلا أنک قد عرفت کثره الأخبار بما یوجب الخروج عن تلک الأصول المذکوره، فیجب التخصیص،و لو أنه ناقش بعدم صراحه الروایه فی الوقف کما هو المدعی کان کلامه أقرب إلی القبول،إلا أنک قد عرفت أن إطلاق الصدقه علی الوقف شائع، ذائع فی الأخبار،بل هو الأصل فی الإطلاق،و انما الإطلاق علی ما ذکروه مستحدث و بما ذکرنا تظهر قوه ما ذهب إلیه الشیخ و أتباعه فی هذه المسئله،و الله العالم.

و

## ثانیهما [فی جواز جعل الواقف النظر فی الوقف لنفسه و لغیره]

### اشاره

-أنه صرح الأصحاب من غیر خلاف یعرف بأنه یجوز للواقف أن یجعل النظر لنفسه فی الوقف و لغیره أیضا،و لو لم یعین کان النظر إلی الواقف، أو الموقوف علیه ان قلنا بانتقال الملک إلیه،و الا فإلی الحاکم الشرعی،و الذی تدل علی الأول الأخبار الداله علی وجوب الوفاء بالشروط الا ما حلل حراما أو حرم حلالا (2)«و علی الثانی-مضافا إلی عموم ما دل علی وجوب الوفاء



---

1- 1) التهذیب ج 9 ص 181 ح 1،الوسائل ج 13 ص 429 ح 3.

2- 2) الکافی ج 5 ص 169 ح 1 و ص 404 ح 9،التهذیب ج 7 ص 22 ح 10 و ص 467 ح 80،الوسائل ج 12 ص 353 ح 5.

بالشروط-خصوص التوقيع الخارج من الناحيه المقدسه (۱)کما تقدم،«و فيه

و

أما ما سألت من أمر الرجل الذی يجعل لناحيتنا ضيعه يسلمها من قد يقوم بها و يعمرها و يؤدی من دخلها خراجها و مؤنتها و يجعل ما يبقی من الدخل لناحيتنا فإن ذلک لمن جعله صاحب الضيعه قيما عليها إنما لا يجوز ذلک لغيره». الحديث.

و يدل علی ذلک خبر صدقه فاطمه عليها السلام بحوائطها حيث جعلت النظر فيه لعلی عليه السلام ثم الحسن ثم الحسين عليهما السلام ثم الأکبر من ولدها

روی فی الکافی و الفقيه و التهذيب عن أبی بصير (۲)و هو ليث المرادی بقرينه عاصم بن حميد عنه،فيکون الخبر صحيحا.

قال:قال أبو جعفر عليه السلام:

أ لا أقرؤک وصيه فاطمه عليها السلام؟قال:قلت:بلی، قال:فأخرج حقا أو سفطا فاخرج منه کتابا فقرأه: بسم الله الرحمن الرحيم هذا ما أوصت به فاطمه بنت محمد رسول الله صلی الله عليه و آله أوصت بحوائطها السبعه:العواف،و الدلال،و البرقه،و الميثب،و الحسنی،و الصافيه،و ما لأم إبراهيم إلی علی بن ابی طالب عليه السلام فإن مضی علی فإلی الحسن فان مضی الحسن فإلی الحسين فإن مضی الحسين فإلی الأکبر من ولدی-شهد الله علی ذلک،و المقداد بن الأسود،و الزبير بن العوام و کتب علی بن أبی طالب عليه السلام.

و قد تقدم ما يدل أن هذه الحوائط کانت وقفا (۳)، و کان رسول الله (صلی الله عليه و آله و سلم)يأخذ منها ما ينفق علی أضيافه،و أن العباس خاصم فاطمه عليها السلام فيها بعد موته،فشهد علی عليه السلام و غيره أنها کانت وقفا علی فاطمه.

و منها

حديث وقف علی عليه السلام أمواله التی له فی ينبع (۴)و قد تقدم شطر منه



---

۱- ۱) الوسائل ج ۱۳ ص ۳۰۰ ح ۸.
۲- ۲) الکافی ج ۷ ص ۴۸ ح ۵ و ص ۴۹ ح ۶،التهذيب ج ۹ ص ۱۴۴ ح ۵۰ الفقيه ج ۴ ص ۱۸۰ ح ۱۳،الوسائل ج ۱۳ ص ۳۱۱ ح ۱.
۳- ۳) الکافی ج ۷ ص ۴۷ ح ۱ التهذيب ج ۹ ص ۱۴۵ ح ۵۱،الوسائل ج ۱۳ ص ۳۱۱ ح ۲.
۴- ۴) الکافی ج ۷ ص ۴۸ ح ۷ التهذيب ج ۹ ص ۱۴۶ ح ۵۵،الوسائل ج ۱۳ ص ۳۱۲ ح ۴.

«و فيه أنه يقوم على ذلك الحسن عليه السلام يأكل منه بالمعروف،ثم ذكر بعده الحسين عليه السلام ثم من بعده الى من يختاره الحسين عليه السلام و يثق به. الحديث ملخصا».

و منها صدقه الكاظم (۱)عليه السلام بأرضه،و قد جعل الولايه فيها الى الرضا عليه السلام و ابنه إبراهيم ثم على من بعدهم على الترتيب المذكور فى الخبر،هذا كله مع الشرط لنفسه أو لغيره.

و أما لو لم يعين فإنه يبنى القول فى ذلك هنا على أنه هل ينتقل الوقف عن الواقف بالوقف أم لا؟و على الأول فهل ينتقل الى الموقوف عليه مطلقا،أو لله سبحانه مطلقا،أو للموقوف عليه ان كان على جهه عامه؟و على الأول و الثالث فالنظر لكل منهما،و على الثانى و الرابع فالنظر للحاكم،حيث لا يوجد الخاص و يصير الواقف فى ذلك كالأجنبى،و سيأتى الكلام فى تحقيق المسئله المذكوره ان شاء الله تعالى.

[تنبيهات]

بقى فى المسئله أمور يجب التنبيه عليها،

## الأول [هل يعتبر العداله فى الواقف لو جعل نفسه متوليا؟]

-متى قلنا ان النظر للواقف ابتداء أو مع شرطه،فهل تشترط عدالته أم لا؟ظاهر الأصحاب الثانى،و به قطع فى التذكره مع احتمال اشتراطها،لخروجه بالوقف عن الملك،و مساواته لغيره،فلا بد من اعتبار العداله فى التوليه،كما تعتبر فى غيره.

و علل العدم بأنه انما نقل ملكه عن نفسه على هذا الوجه،فيتبع شرطه و المسئله محل توقف لعدم النص،أما بالنسبه إلى غيره ممن شرطه فى العقد أم لم يشترطه فلا بد من العداله فيه،لا أعرف خلافا فيه،و يدل عليه ما فى

خبر صدقه أمير المؤمنين (۲)عليه السلام

بماله الذى فى ينبع حيث قال فى آخره بعد ذكر الحسن و الحسين عليهما السلام كما قدمنا الإشاره إليه،قال فان حدث بحسن و حسين حدث فإن



---

۱- ۱) الكافى ج ۷ ص ۵۳ ح ۸،التهذيب ج ۹ ص ۱۴۹ ح ۵۷،الوسائل ج ۱۳ ص ۳۱۴ ح ۵.

۲- ۲) الكافى ج ۷ ص ۴۹ ح ۷،التهذيب ج ۹ ص ۱۴۶ ح ۵۵،الوسائل ج ۱۳ ص ۳۱۲ ح ۴.

الآخر منهما ينظر فی بنی علی،فان وجد فیهم من یرضی بهدیه و إسلامه و أمانته، فإنه یجعله الیه ان شاء،و ان لم یر فیهم بعض الذی یرید فإنه یجعله الی رجل من آل أبی طالب یرضی به،فان وجد آل أبی طالب قد ذهب کبرائهم،و ذوو آرائهم فإنه یجعله الی رجل یرضاه من بنی هاشم». الحدیث.

قالوا:فان لم یکن عدلا أو خرج عنها خرج عن النظر،و کان الحکم کما لو أطلق،و لو عادت العداله عاد الی النظران کان مشروطا من الواقف،و إلا فلا، قالوا:و یشترط فیه مضافا الی ذلک الاهتداء إلی کیفیه التصرف کما یعتبر ذلک فی الوصی.

## الثانی [فی عدم وجوب قبول الغیر النظر فی الوقف]

-قد عرفت أنه متی صرح بالنظر للغیر صح إلا أنه لا یجب علی ذلک الغیر القبول،و لو قبل لم یجب علیه الاستمرار،لأنه فی معنی التوکیل، کذا صرح به فی الدروس.

أقول:کما یحتمل أنه فی معنی الوکاله فیترتب علیه ما ذکره،کذلک یحتمل أنه فی معنی الوصیه فیجب علیه الاعلام بعدم القبول،و إلا لزمه القیام بذلک و یمکن ترجیح الأول بأن الأصل عدم الوجوب،و إذا کان الأصل عدم وجوب القبول علیه ابتداء استصحب الحکم فی عدم الاستدامه،فلا یجب علیه الاستمرار استصحابا للأصل المذکور،فإذا رد صار کما لا ناظر له ابتداء فیتولاه الحاکم أو الموقوف علیه ان قلنا بالانتقال الیه،و کیف کان فالحکم لا یخلو من شوب التردد.

## الثالث [أقسام الناظر]

### اشاره

-الناظر من قبل الواقف علی قسمین

### أحدهما-أن یکون مشروطا فی العقد

،و إذا کان کذلک فإنه لا یجوز للواقف عزله،عملا بوجوب الوفاء بالشروط الا أن یظهر ما یوجب عزله.

و

### ثانیهما-ما لم یکن کذلک

،بأن نصبه بعد العقد بالنظر المتناول فإنه یجوز عزله متی شاء،لأنه حینئذ فی حکم الوکیل الذی یجوز عزله بعد الوکاله متی أراد.

ص: ۱۸۵

### الرابع-لو شرط للناظر شيئا من الريع

صح و كان ذلك اجره عمله ليس له أزيد منه و ان كان أقل من الأجره و ان أطلق فله مثل أجره عمله.

أقول:ان أريد بالإطلاق هو عدم ذكر شيء معين،مع ذكر ما يوجب ان له أجره،فما ذكروه جيد،و ان أريد وقوع العقد خاليا من التعرض لذلك نفيا و لا إثباتا فما ذكروه مشكل،لأن الوقف قد انتقل بالعقد إلى من عينه الواقف من الموقوف عليه،و إخراج شيء منه يحتاج الى دليل،و ليس فى العقد ما يدل على ذلك كما هو المفروض،و النصوص الداله على جواز جعل الواقف ناظرا للوقف خاليه من ذلك،و الظاهر أن الناظر إنما رضى بذلك مجانا فلا يستحق أجره.

### الخامس [فى بيان وظيفه الناظر]

-قد صرحوا بأن وظيفه الناظر فى الوقف العماره له أولا،و تحصيل الريع و قسمته على المستحق،و حفظ الأصل و الغله،و نحو ذلك من مصالحه.

أقول:و قد صرح بذلك فى التوقيع المتقدم ذكره و هو المفهوم من إطلاق باقى الأخبار،و مقتضاه انه لا يجوز التصرف فى شيء من الأعمال المذكوره،و لا فى الغله إلا باذنه،و لو كان التصرف من الموقوف عليه و هو مقتضى إطلاق كلام الأصحاب أيضا.

قال فى المسالك:و فيه اشكال،من وجهين:أحدهما-ما لو كان الموقوف عليه متحدا،اما ابتداء أو لاتفاق ذلك فى بعض الطبقات،فإنه مختص بالغله، فتوقف تصرفه على اذن الناظر بعيد،لعدم الفائده خصوصا مع تحقق صرفها إليه بأن تكون فاضله عن العماره و غيرها مما يقدم على القسمه يقينا،نعم لو أشكل الحال توقف على اذنه قطعا،لاحتمال أن يحتاج إليها أو الى بعضها فى الأمور المتقدمه على اختصاص الموقوف عليه.

أقول:يمكن الجواب عن ذلك بأنه لا عموم فى الأمرين المتقدمين على وجه يشمل ما ذكره من هذه الصوره،فإن الظاهر من نصب الناظر انما هو فيما يحتاج الى النظر و العمل،مثل التعمير و دفع الخراج،و قسمه الحاصل بين أربابه

و نحو ذلک،لا مطلقا بحيث يشمل مطلق التصرف،و إلا لأدى ذلك الى انه لا يجوز لأحد من الموقوف عليه بعد القسمه و تميز حصته،التصرف فيها إلا بإذنه،مع أنه ليس كذلك اتفاقا.

و بالجمله فإن حكم الغله فيما فرضه،حكمها فيما لو قسمها الناظر و ميزه فكما أنها اختصت بصاحبها فی صوره القسمه،كذلك فی صوره الاتحاد،ثم قال(قدس سره):و ثانيهما-الأوقاف العامه على المسلمين،و نحوهم التی يريد الواقف انتفاع كل من الموقوف عليه بالثمره إذا مر بها،كأشجار الثمار،فان مقتضى القاعده أيضا عدم جواز تصرف أحد منهم فی شیء منه،الا بإذن الحاكم، و لا يخلو من اشكال و تفويت لكثير من أغراض الواقف،بل ربما دلت القرينه هنا على عدم اراده الواقف النظر على هذا الوجه،بل يريد تفويض الانتفاع إلى كل واحد من أفراد تلك الجهه العامه،فكأنه فی قوه جعل النظر إليه،لكن هذا كله لا يدفع الاشكال،لما تقدم من أنه بعد الوقف حيث لا يشترط النظر لأحد يصير كالأجنبی،و ينتقل الحكم إلى الحاكم،فلا عبره بقصده خلاف ذلك حيث لا يوافق القواعد الشرعيه،و جعل مثل هذا الإطلاق نظرا لكل واحد فی حيز المنع.

و بالجمله فهذه القواعد الشرعيه المتفق عليها لا تدفع.بمثل هذا الخيال، و ينبغی أن يقال:ان المتصرف على هذا الوجه يأثم خاصه،و يملك حيث لا يجب صرف الثمره فی الأمور المتقدمه على صرفها إلى الموقوف عليه،و كذا القول فی تصرف الموقوف عليه المتحد.

أما المتعدد فلا،لأن قسمتها و تميز حق كل واحد من الشركاء يتوقف على الناظر،و حينئذ فيكون كالتصرف فی المال المشترک بغير إذن الشريک، فيستقر فی ذمته حصه الشريک من ذلک،و لم أقف فی هذه الأحكام للأصحاب على شیء،فينبغی تحرير النظر فيه،انتهی.

أقول:و يمكن الجواب أيضا بما قدمنا فی سابقه،فإنه متى كان الأمر

كما ذكره من أن الغرض من وقفه على المسلمين انتفاع كل من الموقوف عليه بالثمره إذا مر بها،فانا لا ـ نسلم دخوله تحت القاعده المذكوره،لأن ذلك فى قوه قوله من شاء أن يأكل من هذه الثمره،فهو مأذون،و مع تسليم التوقف على إذن الحاكم،فالواجب على الحاكم أيضا أن يأذن إذنا عاما على حسب اراده الواقف و مطلوبه،فلا يتوقف كل فرد فرد من أفراد تلك الجهه الموقوف عليها إلى إذن خاص،كما ظنه(قدس سره).

و يؤيد ما قلناه قوله«بل ربما دلت القرينه على عدم اراده الواقف النظر على هذا الوجه إلى آخره»و جوابه عن ذلك بأنه لا عبره بقصد الواقف ذلك بعد رجوع الأمر إلى الحاكم،حيث انه يصير مع عدم الاشتراط كالأجنبى فلا عبره بقصده خلاف ما يقتضيه نظر الحاكم،مردود،بأنا نجعل هذا القصد من الواقف قرينه على عدم دخول هذا الفرد فى الإطلاق،بمعنى استثنائه من ذلك،فلا يرجع إليه فى هذه الصوره،على أن ما ذكره من أنه بعد الوقف حيث لا ـ يشترط النظر لأحد كالأ ـ جنبى،و ينتقل الحكم إلى الحاكم،فلا عبره بقصده خلاف ذلك،محل منع و كيف لا،و العقود تابعه للقصود،و مقتضى القواعد الشرعيه هو الوقوف على ما علم منه من القصد صريحا أو بقرينه أو نحو ذلك و كونه أجنبيا بعد العقد لا يوجب الخروج عما عينه و قصده،و إنما المراد منه ليس له بعد العقد إحداث شىء على خلاف ما دل عليه العقد،و النظر الذى انتقل إلى الحاكم الشرعى إنما هو على حسب ما دلى عليه العقد،و لا ـ يجوز له الخروج عن مقتضاه،و هو قد فرض فى صوره الاشكال أنه و بما دلت القرينه هنا على عدم اراده الواقف النظر على هذا الوجه،بل يريد تفويض الانتفاع إلى كل واحد من أفراد تلك الجهه العامه إلى آخره.

و حينئذ فإنه متى كان الأمر كذلك فلا ريب أنه فى قوه التقييد للوقف بما ذكر،و التصريح به،فكيف تجوز مخالفته و الخروج عنه،و يكون الخروج عنه موافقا للقواعد الشرعيه،بل الوقوف عليه هو مقتضى القواعد الشرعيه،

و الخروج عنه على خلافها،فتأمله بعين البصيره،و تناوله بيد غير قصيره ليظهر لك ما فى الزوايا من الخبايا،و كم ترك الأول للآخر كما هو المثل السائر، و بذلك يظهر أنه لا اثم على الأخذ فى الصورتين المذكورتين كما ظنه(قدس سره)، و الله العالم.

### المطلب الخامس فى شرائط الموقوف عليه:

#### اشاره

و يشترط فيه أن يكون موجودا و له أهليه التملك،أو تابعا لموجود كذلك،و أمكن وجوده عاده،و كان قابلا للوقف.

فهنا مسائل

### [المسأله] الأولى [بطلان الوقف على المعدوم] :

#### اشاره

الظاهر أنه لا خلاف فى بطلان الوقف على المعدوم ابتداء،و لم أقف على نص فى المقام،الا أنه يمكن أن يقال:مضافا إلى ظاهر الاتفاق أن الوقف نقل للمنفعه البته أو العين على أحد الأقوال إلى الموقوف عليه، و المعدوم لا يصلح لذلك.

قالوا:و فى معناه الحمل أيضا،لأنه و ان كان موجودا الا أنه غير صالح للتملك ما دام حملا،فان قيل:انه تصح الوصيه له،و هو نوع تمليك فالجواب الفرق بين الأمرين،فإن الوقف تمليك فى الحال،فلا بد من قابليه الموقوف عليه للتملك،و الوصيه تمليك فى المستقبل،فالتملك فيها مراعى بوضعه حيا، فلو مات قبل خروجه حيا بطلت،و لم يرثها وارثه،بخلاف ما لو خرج حيا و لو لحظه ثم مات،فإنها يكون ميراثا.

نعم لو ذكر المعدوم تبعا لموجود كما لو وقف على أولاده الموجودين،و من سيوجد منهم صح بلا خلاف يعرف،و كذا لو وقف على أولاده و من سيتجدد منهم، و هكذا،أما لو كان التابع ممن لا يمكن وجوده،كالميت أو لا يقبل الملك كالعبد بطل فيما يخصه،و لو ذكر المعدوم أولا ثم الموجود كان منقطع الأول،و كذا نفسه أو الميت أو العبد،ثم بعده الموجود،و قد تقدم الكلام،فى ذلك فى المسئله الرابعه

ص :١٨٩

من المطلب الثانی فی شرائط الوقف (۱)و نقل ما فیها من الخلاف محررا محققا،فلا حاجه إلی إعادته،ثم انه ینبغی أن یعلم أن عدم صحه الوقف علی العبد إنما هو بناء علی القول بأنه لا یملک،أولا یملک الا فاضل الضریبه مما لا یدخله الوقف،أما علی القول بکونه یملک،و ان کان محجورا علیه فی التصرف،فإنه لا مانع من الوقف علیه،و به صرح الأصحاب(رضی الله عنهم)أیضا قیل:و لا ینصرف الوقف إلی مولاه،لأنه غیر مقصود فی العقد،و العقود بالقصود.

أقول:الظاهر أن هذا الکلام خرج فی معرض الرد علی بعض العامه،حیث جوز الوقف علی العبد،و جعله مصروفا إلی مولاه،و لا ریب فی ضعفه،لما عرفت من أن العقود تابعه للقصود،و مولاه لم یقصد بالوقف علیه،فمن أین ینصرف إلیه.

## تنبیه [حکم الوقف علی المساجد] :

قد عرفت أن من جمله الشروط فی الموقوف علیه أن یکون له أهلیه التملک، و یشکل ذلک بالوقف علی المساجد و القناطر و نحوهما،فإنه مما لا خلاف فیه، مع أن شیئا منها غیر قابل للتملک کما لا یخفی،و الجواب ما صرح به الأصحاب من أن الوقف المذکور فی التحقیق إنما هو وقف علی المسلمین،باعتبار بعض مصالحهم،و لا ریب أنهم قابلون للتملک،و غایته أنه وقف علیهم باعتبار مصلحه خاصه من مصالحهم،فکأنه وقف علیهم بشرط صرفه فی مصرف خاص،و مصلحه خاصه،و لا منافاه فیه.

و ربما ظهر من الصدوق من المنع من الوقف علی المساجد،

لما روی فی کتابه مرسلا (۲)قال:

«و سئل علیه السلام عن الوقوف علی المساجد،فقال:لا یجوز،فان المجوس أوقفوا علی بیوت النار»،.

و روی فیه و فی التهذیب عن أبی الصحاری (۳)



---

۱- ۱) ص ۱۵۵.

۲- ۲) الفقیه ج ۱ ص ۱۵۴ ح ۴۲.

۳- ۳) التهذیب ج ۹ ص ۱۵۰ ح ۵۸،الفقیه ج ۴ ص ۱۸۵ ح ۲.و هما فی الوسائل ج ۳ ص ۵۵۲ ح ۱ و ۲.

«عن أبی عبد الله علیه السلام قال:قلت له:رجل اشتری دارا فبقیت عرصه فبناها بیت غله أ یوقفه علی المسجد؟فقال:ان المجوس أوقفوا علی بیت النار».

و المستفاد من الخبرین تعلیل المنع بالتشبه بالمجوس،و لم یتعرض لنقل الخبرین المذکورین أحد من الأصحاب فی هذا المقام،فضلا عن الجواب عنها، و یمکن حملهما علی الکراهه،بناء علی أن المفهوم من الأخبار خفه المؤنه فی المساجد،لا کما هو المتعارف فی هذه الأزمان من التکلفات الزائده فیها،کما لا یخفی،و الله العالم.

### المسئله الثانیه [الخلاف فی الوقف علی الکافر] :

#### اشاره

قد اختلف الأصحاب(رضی الله عنهم)فی الوقف علی الکافر و قد اضطرب کلامهم فی هذا المقام،فقیل:بالجواز مطلقا،و المنقول عن الشیخین (عطر الله مرقدیهما)أنهما منعا من وقف المسلم علی الکافر،إلا أن یکون من الأقارب سواء کان الأبوین أو غیرهما من ذوی الأرحام،و به قال أبو الصلاح و ابن حمزه، و عن سلار و ابن البراج الحکم بالبطلان مطلقا و ان کان من الأبوین.

و اضطرب کلام ابن إدریس فقال:یصح وقف المسلم علی والدیه الکافرین دون غیرهما من الأهل و القرابات و غیرهم،لقوله تعالی (1)«وَ صٰاحِبْهُمٰا فِی الدُّنْیٰا مَعْرُوفاً» و أما غیرهما فلا یجوز و ان کان قریبا،لأن شرط الوقف القربه، و لا یصح التقرب إلی الله تعالی بالوقف علی الکافر،و نسب کلام الشیخ فی النهایه من صحه الوقف علی الأقارب،إلی أنه خبر واحد أورده بلفظه إیرادا لا اعتقادا،کما أورد غیره،إلی أن قال:و الأولی عندی أن جمیع ذوی أرحامه من الکفار یجرون مجری أبویه الکافرین فی جواز الوقف علیهم،لحثه(صلی الله علیه و آله و سلم) بصله الأرحام (2)قال:و بهذا أفتی،ثم أمر بلحظه و تأمله،ثم نقل بعد ذلک بکلام طویل عن الشیخ فی الخلاف أنه یجوز الوقف علی أهل الذمه إذا کانوا



---

۱- ۱) سوره لقمان-الایه ۱۵.

۲- ۲) الکافی ج ۴ ص ۱۰ ح ۳،الوسائل ج ۶ ص ۲۸۶ ح ۲.

أقاربه،ثم قال:و قد قلنا ما عندنا فی هذه المسئله أنه لا یجوز الوقف علی الکفره الا أن یکون الکافر أحد الأبوین،لأن من صحه الوقف و شرطه نیه القربه،انتهی.

و اضطرابه ظاهر،و حینئذ ففی المسئله أقوال أربعه:الأول-الجواز مطلقا،و استدل علیه بالعمومات،مثل

«الوقوف علی حسب ما یوقفها أهلها (۱)».

«و لکل کبد حری أجر (۲). ،و قوله تعالی «لاٰ یَنْهٰاکُمُ اللّٰهُ عَنِ الَّذِینَ لَمْ یُقٰاتِلُوکُمْ فِی الدِّینِ وَ لَمْ یُخْرِجُوکُمْ مِنْ دِیٰارِکُمْ أَنْ تَبَرُّوهُمْ وَ تُقْسِطُوا إِلَیْهِمْ (۳)».

الثانی-المنع،و استدل علیه بقوله عز و جل «لاٰ تَجِدُ قَوْماً یُؤْمِنُونَ بِاللّٰهِ وَ الْیَوْمِ الْآخِرِ یُوٰادُّونَ مَنْ حَادَّ اللّٰهَ وَ رَسُولَهُ وَ لَوْ کٰانُوا آبٰاءَهُمْ أَوْ أَبْنٰاءَهُمْ (۴)»الآیه.

الثالث-تخصیص الجواز بالأرحام،و مستنده الجمع بین ما ذکر و بین الأخبار الداله علی وجوب صله الأرحام (۵).

و الرابع-التخصیص بالأبوین،و وجهه ما ذکر مضافا إلی قوله تعالی « وَ وَصَّیْنَا الْإِنْسٰانَ بِوٰالِدَیْهِ إِحْسٰاناً (۶)»و قوله «وَ صٰاحِبْهُمٰا فِی الدُّنْیٰا مَعْرُوفاً (۷)» فیجب الجمع بین الأدله مما دل علی المنع،و مما دلت علیه هذه الأدله بالتخصیص بالأبوین.

و المفهوم من کلام المتأخرین کالمحقق و غیره تقسیم الکافر إلی حربی و ذمی،

ص: ۱۹۲

---

۱- ۱) الفقیه ج ۴ ص ۱۷۶ ح ۱،التهذیب ج ۹ ص ۱۲۹ ح ۲،الوسائل ج ۱۳ ص ۳۰۷ ح ۲.
۲- ۲) الکافی ج ۴ ص ۵۷ ح ۲ و ص ۵۸ ح ۶ و فیه«أفضل الصدقه إبراد کبد حری» الوسائل ج ۶ ص ۳۳۰ ح ۲ و ۵ و ص ۲۸۴ ح ۲.
۳- ۳) سوره الممتحنه-الآیه ۸.
۴- ۴) سوره المجادله-الایه ۲۲.
۵- ۵) الکافی ج ۴ ص ۱۰ باب الصدقه علی القرابه،الوسائل ج ۶ ص ۲۸۶ الباب ۲۰.
۶- ۶) سوره الأحقاف-الایه ۱۵.
۷- ۷) سوره لقمان-الایه ۱۵.

و القول فی الأول بالمنع مطلقا،و الخلاف فی الثانی بهذه الأقوال الأربعه،فمحل هذه الأقوال عندهم إنما هو الذمی.

و یشیر إلی ما ذکرنا أن المحقق فی الشرائع قال:و لا یقف المسلم علی الحربی و ان کان رحما،و یقف علی الذمی و ان کان أجنبیا،و شیخنا الشهید الثانی فی الشرح نقل الأقوال الأربعه فی الذمی،ثم قال:و اعلم أنه لم یرد فی عبارات المتقدمین الا الوقف علی الکافر غیر المبسوط،فإنه صرح بالذمی،و لعل مرادهم ذلک یعنی لعل مراد الأصحاب بالکافر الذی أطلقوه و جعلوه محل البحث و الخلاف فی المسئله هو الذمی،دون الحربی.

و اختار فی المسالک المنع فی الحربی مطلقا،کما هو مذهب المصنف، و ظاهره أیضا المیل إلی قوله فی الذمی،حیث قال بعد نقل الأقوال الأربعه المتقدمه:و کیف کان فالقول بالمنع مطلقا ضعیف،و قول المصنف لا یخلو من وجه.

إذا عرفت ذلک فاعلم أنی لم أقف فی النصوص علی ما یدل علی حکم الوقف علی الکافر ذمیا کان أو غیره،و نسبه ابن إدریس فی رده علی الشیخ فی النهایه ما ذکره فی النهایه إلی أنه خبر واحد أورده الشیخ إیرادا لا اعتقادا،ربما أشعر بوجود خبر بذلک،الا أنه لم یصل إلینا کما عرفت.

نعم یبقی الکلام فیما ذکر من العمومات التی ذیلت بها الأقوال المتقدمه و هی أیضا غیر خالیه من الاشکال،سیما الآیات المذکوره،فإن الآیه التی استدل بها علی الجواز مطلقا،ظاهره فی ذلک حتی قال أمین الإسلام الطبرسی-فی تفسیرها من کتابه مجمع البیان علی ما نقله عنه بعض الأعیان بعد کلام فی البین-:

و الذی علیه الإجماع أن بر الرجل من یشاء من أهل الحرب قرابه کان أو غیر قرابه لیس بمحرم،و إنما الخلاف فی إعطائهم مال الزکاه و الفطره و الکفارات، فلم یجوزه أصحابنا،و فیه خلاف بین الفقهاء،و هو کما تری صریح فی دعوی الإجماع علی جواز برهم،و الوقف من جمله ذلک،فالآیه کما تری دلیل ظاهر

على القول المذكور.

و أما الاستدلال بحديث

«الوقوف على حسب ما يوقفها أهلها». فقد عرفت آنفا ما فيه،و الحديث الذى بعده،و ان لم يكن ظاهرا فى الدلاله،الا انه صالح للتأييد.

و أما الآيه التي استدل بها على المنع مطلقا فهى ظاهره الدلاله أيضا على القول المذكور،و فى معناها قوله عز و جل (۱)«يا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لا تَتَّخِذُوا عَدُوِّی وَ عَدُوَّكُمْ أَوْلِياءَ تُلْقُونَ إِلَيْهِمْ بِالْمَوَدَّةِ،وَ قَدْ كَفَرُوا بِما جاءَكُمْ مِنَ الْحَقِّ» الآيه و هما صريحتان فى النهى عن موده الكافر،و لا ريب أن الوقف عليه إنما ينشئ من المحبه و الموده،و هو مؤكد لها،و الحال أنه منهى عن الموده التى نشأ منها الوقف،و تأكد بها،فيكون منهيا عنه أيضا بالطريق الأولى.

نعم لا يخفى أن الآيه الأولى و ان دلت على الجواز مطلقا الا أنه يدفعها بالنسبه إلى الحربى أولا للقول باشتراط القربه فى الوقف،و قد عرفت أنه مذهب جمله من الأصحاب(رحمهم الله)فإنه مقتضى الأدله،و التقرب إلى الله تعالى بصلته مع نهيه سبحانه عن مودته لا يجتمعان.

و ثانيا حل أمواله للمسلمين،فان مال الحربى فیء للمسلمين يصح أخذه و بيعه،و هو ينافى صحه الوقف عليه،و المعارضه كما ترى حاصله بين الآيه المستدل بها على الجواز،و بين ما ذكرناه،و لم يظهر لى وجه يجمع به بينهما، و بذلك يزيد الاشكال.

و من ثم أنه فى المسالك رجح القول بالمنع فى الحربى،و الجواز فى الذمى، لكن الواجب عليه كان أن يجيب عن الآيه الداله على الجواز مطلقا،مع أنه لم يتعرض لذلك،إلا أنه خص آيه الجواز بالذمى كما أشرنا إليه آنفا،من أنه جعل الأقوال الأربعه فى الذمى خاصه،و الآيه كما ترى أعم،بل صريح أمين الإسلام



---

۱- ۱) سوره الممتحنه-الايه ۱.

الطبرسی کما عرفت هو کونها فی الحربی،و ربما قیل:بأن النهی عن المواده فی تلک الآیه إنما هو من حیث المحاده،فلا ینافیه الوقوع علی غیر تلک الحیثیه، و هو محتمل،و به یقوی الاعتماد علی الآیه الأخری مع ما عرفت من المعارض لها و بالجمله فالمسئله عندی لما عرفت محل اشکال و إعضال،و الله العالم بحقیقه الحال.

### إلحاق [حکم وقف الکافر علی مثله]

قد عرفت الکلام فی وقف المسلمین علی الکفار،بقی الکلام فی وقف الکافر علی مثله مطلقا،أو وقف الحربی علی الذمی أو الذمی علی الذمی خاصه،فظاهر الأصحاب الصحه،و کذا الوقف علی البیع و الکنائس،و علل الصحه باعتقادهم شرعیته،مضافا إلی إقرارهم علی دینهم.

و الثانی:إنما یتم بالنسبه إلی الذمی،و المسئله محل توقف لعدم الظفر فیها بنص،و یشکل أیضا باشتراط القربه فی الوقف علی القول به،حیث أن ذلک معصیه فی الحقیقه و الواقع،فلا یعقل التقرب و الحال ذلک،الا أن یحمل قصد القربه علی قصدها فی الجمله،و ان لم یحصل حقیقه،أو یخصص قصدها ممن یعتقد حصولها،و الأول بعید غایه البعد،فإنه لغو محض،و الثانی أیضا لا یخلو من بعد، و ان استظهره فی المسالک،و لهذا ان الأصحاب منعوا من تولی الکافر الأفعال المشروطه بالقربه،مثل غسل الأموات و نحوه،و أبطلوا ذلک من حیث عدم تأتی ذلک من الکافر.

### المسئله الثالثه [فی حکم الوقف علی البیع و الکنائس] :

قد صرح الأصحاب(رضی الله عنهم)ببطلان الوقف علی البیع و الکنائس،و کذا لو وقف فی معونه الزناه و قطاع الطریق،و شاربی الخمر و أمثالهم،و کذا علی الکتب السابقه کالتوراه و الإنجیل من غیر خلاف یعرف.

أما الأول فالوجه فیه علی ما قالوه و ان قلنا بجواز الوقف علی أهل الذمه کما أحد الأقوال المتقدمه،هو الفرق بین الأمرین،فإن الوقف علی أهل الذمه

أنفسهم لا- يستلزم معصيه،حيث أن نفعهم من حيث الحاجه،و أنهم عباد الله،و من جمله بنى آدم،و ممن يجوز أن يتولد منهم المسلمون،و لا معصيه فيه،و ما ربما يترتب عليه من الإعانه على شرب الخمر،و سائر المحرمات التى يستحلونها فهى غير مقصوده للواقف،و لو فرض قصدها حكمنا ببطلان الوقف،و كذا لو وقف عليهم لكونهم كفارا بل على فسقه المسلمين،كما سيأتى الكلام فيه إنشاء الله تعالى.

و بالجمله فالمدار فى البطلان و الصحه على الغايه المترتبه على الوقف،و لما كانت الغايه المترتبه عليه بالنظر إلى ما قلنا صحيحه سائغه،صح الوقف،و هذا بخلاف الوقف على البيع و الكنائس،حيث أنه و ان كان وقفا على جهه خاصه من مصالح أهل الذمه،إلا أنه معصيه محضه،لما يتضمن من الإعانه لهم على الاجتماع لتلك العبادات المحرمه،و رسوخهم فى الكفر،فالغرض و الغايه من الوقف هنا ليس على حسب باقى الغايات المترتبه على الوقف عليهم أنفسهم،فلذا صح الوقف هناك،و بطل هنا.

و أما الثانى فالوجه فيه ظاهر،لانه متى كان الغرض المترتب على الوقف و الغايه المقصوده منه إنما هو معونه هؤلاء من هذه الحيثيات المذكوره التى لا ريب فى تحريمها،و أنها معينه،فلا ريب أن الوقف معصيه،فإن الإعانه على المعصيه معصيه.

و اما لو وقف على من هو متصف بذلك من المسلمين،لكنه لا من هذه الحيثيه فلا إشكال فى صحته،سواء أطلق أم قصد جهه محلله.

و اما الثالث فعلله الأصحاب بأن الكتابين المذكورين محرفان عما كانا عليه أولا،و مع ذلك فهما منسوخان،و لهذا حكموا بعدم جواز حفظهما،كما تقدم فى مقدمات كتاب التجاره من عدم جواز حفظ كتب الضلال.

نعم جوزوا الحفظ للنقض و الحجه بها،و قد نقل الأصحاب فى هذا المقام

حدیثا من طرق العامه و هو أنه

قد روی عن النبی (۱)(صلی الله علیه و آله و سلم)

«أنه قد خرج إلی المسجد فرأی فی ید عمر صحیفه،و فیها شیء من التوریه، فغضب(صلی الله علیه و آله و سلم)لما رأی الصحیفه فی یده،و قال:أفی شک أنت یا ابن الخطاب؟أ لم آت بها بیضاء نقیه حتی لو کان أخی موسی حیا لما وسعه إلا اتباعی». قال:فی المسالک بعد نقل الخبر المذکور،و هذا یدل علی أن النظر إلیها معصیه،و إلا لما غضب منه(صلی الله علیه و آله و سلم)لذلک.

أقول:و قد نقل ابن أبی الحدید فی شرح نهج البلاغه مثل هذا الخبر عن عمر أیضا بوجه المنع،و قد ذکرناه فی کتابنا سلاسل الحدید فی تقیید ابن أبی الحدید،و بینا ما فیه من نفاق ذلک الطاغی العنید.

قال فی المسالک:و ینبغی جواز الوقف علیها علی الوجه الذی یجوز إمساکها لأجله و هو النقض و الحجه،لأن الحجه طاعه،الا أن الغرض لما کان نادرا أطلقوا المنع علیها،انتهی.

أقول:و مقتضی ما ذکروه هنا جواز الوقف علی کتب الشریعه،و الظاهر أنه لا اشکال فیه،و هل یدخل فی ذلک کتب أهل الخلاف أم لا؟وجهان مبنیان علی أنه هل تدخل تلک الکتب تحت کتب أهل الضلال أم لا و قد تقدم الکلام فی ذلک فی الموضع المشار إلیه آنفا،فعلی الأول کما هو الأظهر لا یجوز،و علی الثانی کما اختاره بعض محققی متأخری المتأخرین یجوز،و الله العالم.

### المسئله الرابعه [فی شمول وصف الموقوف علیه أو نسبته لکل من تناوله الإطلاق] :

#### اشاره

إذا وصف الموقوف علیه بصفه أو نسبه،دخل فیه کل من تناوله الإطلاق عرفا مع اتفاق العرف أو الاصطلاح علی ذلک،و الا فالمتعارف عند الواقف،اعتبارا بشاهد الحال،و لو کان ثمه قرائن وجب العمل بمقتضاها.

و فی هذا الباب صور

#### منها-ما لو وقف علی الفقراء

،فان کان الواقف مسلما انصرف إلی فقراء المسلمین،و ان کان کافرا و قلنا بصحه وقف الکافر انصرف

١- ١) المسالك ج ١ ص ٣٤٩.

إلی فقراء نحلته،و الوجه فیه،أن صفه الفقر و ان شملت لغه لکل من المسلم و الکافر،و مقتضاه العموم للجمیع فی کل من الصورتین المذکورتین،الا أن العرف و شاهد الحال یدل علی اراده المسلمین فی الأولی،و أهل نحله الواقف فی الثانیه، و العرف عندهم مقدم علی اللغه،و هذا یتم مع تحقق دلاله العرف و شهاده الحال علیه،و الا فاللغه مقدمه،الا أنه لما کان تحقق الدلاله العرفیه هنا و شهاده الحال بذلک ظاهرا جزموا بالحکم المذکور من غیر تردد.

بقی أنه لو وقف علی الفقراء فهل یجب تتبع من خرج عن بلد الوقف أو یکفی الدفع إلی فقراء البلد؟صرح جمله من الأصحاب بالثانی،و علل بأن الوقف علی غیر منحصر إنما هو وقف علی الجهه،لا علی أشخاصها،و مصرف الجهه من اتصف بوصفها من فقر أو فقه لو کان الوقف علی الفقهاء،فلا یجب الدفع إلی جمیع الأشخاص الداخلین فی الوصف،و یدل علیه ما رواه

ثقه الإسلام فی الکافی عن علی بن محمد بن سلیمان النوفلی (1)قال:

«کتبت إلی أبی جعفر الثانی علیه السلام أسأله عن أرض وقفها جدی علی المحتاجین من ولد فلان بن فلان و هم کثیر متفرقون فی البلاد فأجاب علیه السلام ذکرت الأرض التی أوقفها جدک علی فقراء ولد فلان بن فلان و هی لمن حضر البلد الذی فیه الوقف،و لیس لک أن تتبع من کان غائبا».

و ظاهر الخبر الاختصاص بمن حضر البلد لظاهر اللام،المؤذن بالملک أو الاختصاص،و الأصحاب صرحوا بأنه لو تتبع جاز،لأن المنفی إنما هو وجوب التتبع،و الظاهر من الخبر خلافه،و ان أمکن احتماله.

و ظاهر الخبر وجوب استیعاب من فی البلد،و به صرح بعضهم،و قیل:

یجزی الاقتصار علی ثلاثه مراعاه للجمع،مع ما علم من أن الجهه لا یقتضی الأشخاص،و قیل:یکفی اثنین،بناء علی أنه أقل الجمع.

قال فی المسالک:و یحتمل جواز الاقتصار علی واحد،نظرا الی أن الأشخاص



---

1- 1) الکافی ج 7 ص 38 ح 37،الوسائل ج 13 ص 308 ح 1.

مصرف الوقف،لا مستحقوه إذ لو حمل على الاستحقاق و عمل بظاهر اللفظ لوجب الاستيعاب،لأنه جمع معرف مفيد للعموم،فيجب التتبع ما أمكن،انتهى.

و فيه أن الظاهر من الخبر المذكور هو وجوب استيعاب من فى البلد،فلا ينبغى الالتفات الى هذه الأقوال،و لا الى ما عللت به.

**و منها ما لو وقف على المسلمين**

،و الظاهر صدقه على من أقر بالشهادتين مع عدم إنكاره ما علم من الدين ضروره،فيدخل فيه جمله الشكاك و المستضعفين و يخرج منه من حكم بكفره من أفراد المسلمين،كالخوارج،و النواصب،و المجسمه و الغلاه،و لفظ المسلمين و ان شمل هؤلاء المذكورين عرفا،إلا أنه شرعا لا يشملهم و العرف الشرعى مقدم على العرف العام اتفاقا.

و بذلك يظهر ما فى قوله فى المسالك بعد أن ذكر المعنى الأول و هو حمل المسلمين على من أقر بالشهادتين و لم ينكر شيئا من ضروريات الدين فيخرج عنه هؤلاء المذكورون ما لفظه:مع احتمال العموم نظرا الى المفهوم عرفا.

فان فيه أنه و ان صدق ذلك عرفا إلا أن المفهوم من هذا اللفظ بالنظر الى الأخبار إنما هو الأول،و لهذا أنهم صرحوا فى تسميتهم مسلمين إنما هو بمعنى منتحلى الإسلام،و إذا ثبت أن عرفهم عليه السلام إنما هو المعنى الأول وجب تقديمه و بطل ما ذكره من الاحتمال.

و فى دخول المخالفين و عدمه قولان مبنيان على الحكم بإسلامهم كما هو المشهور بين المتأخرين،أو كفرهم كما هو مذهب جمله من محققى متقدمى الأصحاب،و هو المختار،كما أوضحناه بما لا مزيد عليه فى جمله من زبرنا، و لا سيما كتاب الشهاب الثاقب فى بيان معنى الناصب،و قد تقدم فى الجلد الثانى من كتاب الطهاره نبذ من القول فى ذلك (۱)«قال فى المسالك:و لا فرق بين كون الواقف من المسلمين محقا و غيره،عملا بالمفهوم،و قيل:إن كان الواقف



---

۱- ۱) ج ۵ ص ۱۸۱.

محقا يختص الوقف بقبيله بشهاده الحال،كما لو وقف على الفقراء،و رد بأن تخصيص عام لا يقتضى تخصيص آخر،و شهاده الحال ممنوعه،و الفرق بين المسلمين و الفقراء قائم،فان اراده الوقف على جميع الفقراء على اختلاف آرائهم و تباين مقالاتهم و معتقداتهم بعيد،بخلاف اراده فرق المسلمين من إطلاقهم،فإنه أمر راجح شرعى مطلوب عرفا،و الأقوى المشهور.

نعم لو كان الواقف من أحد الفرق المحكوم بكفرها لم يخرج قبيلته من وقفه و لا غيره ممن يحكم بكفره أيضا،حيث لا يشهد حاله بإخراجه،و يحتمل اختصاص عدم الحرمان بقبيله خاصه اقتصارا فى التخصيص على محل اليقين،و هو حسن إلا مع شهاده الحال بخلافه،انتهى.

أقول:ما نقله من القول الذى نقضه هو قول ابن إدريس حيث قال:و إذا وقف المسلم المحق شيئا على المسلمين كان ذلك للمحقين من المسلمين،و استدل بأن فحوى الخطاب و شاهد الحال يدل عليه،كما لو وقف الكافر وقفا على الفقراء كان ماضيا فى فقراء أهل نحلته خاصه،بشهاده دلاله الحال عليه،قال:و ما أورده الشيخ خبر واحد أورد،إيرادا لا اعتقادا،لأنا و إياه نراعى فى صحه الوقف التقرب به الى الله،و ببعض هؤلاء لا يتقرب الإنسان المحق بوقفه عليه،انتهى.

و أنت خبير بأن كلام ابن إدريس جيد بناء على مذهبه،و بيان ذلك أن الخارج عن هذا العنوان أعنى المسلم المحق منحصر فى أفراد ثلاثه:أحدها-من أنكر شيئا من ضروريات الدين كالإفراد المتقدم ذكرها،و هم موافقون على خروجها عن هذا العنوان بل عن عنوان المسلمين،لأنهم كفار عندهم بلا اشكال.

و ثانيها-أفراد المخالفين من العامه،و من يتبعهم من فرق الزيديه و غيرهم و هؤلاء و إن كانوا عندهم من المسلمين،إلا أنهم عند ابن إدريس و جمله من محققى المتقدمين من الكفار باليقين،و هو الحق كما تقدمت الإشاره اليه،و محل اعتراضهم هنا نشأ من هذا الفرد،مع أن مذهبه فيه ما عرفت من القول بالكفر

فخروجهم بناء على ذلك ظاهر.

و ثالثها-أفراد المستضعفين من الشكاك و غيرهم،و هؤلاء على ما يفهم من الأخبار الكثيره تجرى عليهم أحكام الإسلام فی الدنيا و أما فی الآخره فهم من المرجئين لأمر الله،و ان دل بعض الأخبار على أن عاقبه أمرهم الجنه أيضا،كما أوضحناه فی كتابنا المتقدم ذكره و هؤلاء لا ريب فی دخولهم لوجوب إجراء أحكام الإسلام عليهم،و هذا منها.

و يعضد ما ذهب اليه ابن إدريس هنا أيضا ما ألزم به الشيخ حيث أن مذهبه فی النهايه كما قدمنا نقله عنه القول باشتراط القربه فی الوقف،كما هو مذهب ابن إدريس،و بموجب ذلك أنه لا يصح التقرب الى الله بالوقف على أحد من المخالفين،الذين قد عرفت أنهم محل البحث،سيما على القول بالكفر الذی هو مذهب هذا القائل،و بذلك يتبين لك قوه ما ذهب اليه.

و أما بحثه معه فی المسالک بما قدمنا نقله عنه من المناقشه فی الوقف على هؤلاء،كوقف الكافر الذی ينصرف الى فقراء نحلته،فهی مناقشه لفظيه،لا يوجب بطلان ما ذهب إليه،لأنه إنما قصد بذلك التنظير و التمثيل لدفع الاستبعاد،و إلا فدليله المعتمد انما هو ما ذكرناه،و هو كما ترى واضح الظهور،لا تعتريه شائبه القصور و الله العالم.

**و منها الوقف على المؤمنين**

،و قد اختلف الأصحاب فی ذلک،فقال الشيخ فی النهايه:إذا وقف على المؤمنين كان ذلك لمجتنبی الكبائر من أهل المعرفه بالإمامه دون غيرهم،و لا يكون للفساق منهم معهم شیء على حال،و كذا قال الشيخ المفيد و ابن البراج و ابن حمزه،و قال ابن إدريس:لا يختص ذلك بالعدل بل هو عام لجميع المؤمنين،العدل منهم و الفاسق،و على هذا القول جرى المتأخرون.

أقول:و التحقيق فی ذلك أن الكلام هنا يتوقف على بيان معنى الايمان، و المشهور بين الأصحاب أنه عباره عن الإقرار باللسان،و التصديق بالجنان يعنی

الإقرار بالشهادتين،و جميع ما جاء به النبى(صلى الله عليه و آله و سلم)مقرونا بالتصديق و الإذعان،و قيل:انه كذلك مع انضمام العمل بالأركان إلى ذلك، و المراد بالعمل الذى يكون جزء من الايمان هو الإتيان بكبائر الطاعات،و اجتناب كبائر المعاصى،و هو مذهب الصدوق،و الشيخ المفيد(رحمه الله عليهما)و جمله من المتقدمين،و هو المستفاد من الأخبار المتكاثره،و لا فرق فى أخذ العمل جزء من الايمان بين أن يكون من الاثنى عشريه،و غيرهم،و ان كان الايمان عندنا لا يثبت لغير الاثنى عشريه.

فما ذكره فى المسالك من أن الايمان الخاص قسمان:أحدهما المأخوذ فيه العمل الصالح،و الثانى اعتقاد إمامه الاثنى عشر اماما عليهم السلام مما يؤذن بعدم اعتبار أخذ الأعمال جزء بالنسبه إلى المعتقد بهذا الاعتقاد،فليس فى محله.

و بالجمله فإن المستفاد من الأخبار على وجه لا يعتريه الشبهه للمتتبع، و لا يقبل الإنكار،هو أن الايمان عباره عن المركب من هذه الثلاثه،و هى الإقرار باللسان و الاعتقاد بالجنان،و العمل بالأركان،و بهذا المضمون جمله من الأخبار أوردها الصدوق فى عيون الأخبار (1).

و على هذا فهيهنا ثلاثه أقسام:مؤمن،و هو من كان كذلك،و كافر و هو من لم يتصف بشىء من هذه الثلاثه،و هؤلاء أهل الوعدين،الجنه و النار، فالأولون يساقون من قبورهم إلى الجنه،و الآخرون إلى النار،لا حساب عليهم و لا كتاب،و القسم الثالث المسلم،و هو من خرج من الكفر،لعدم إنكاره، و لم يدخل فى الايمان لعدم اعماله،و هؤلاء أكثر الناس،و هم أصحاب الحساب و أهل المحشر،و لتحقيق هذا المقام محل آخر.

و بالجمله فإن ما ذهب إليه المتقدمون فى هذه المسئله مبنى على مختارهم



---

١- ١) عيون اخبار الرضا(عليه السلام)ج ١ ص ١٧٧ ط النجف الأشرف سنه ١٣٩٠ الكافى ج ٢ ص ٢٥ باب ان الايمان يشرك الإسلام و الإسلام لا يشرك الايمان.

فی معنی الایمان،و ما ذکره المتأخرون مبنی أیضا علی ما اختاروه،فالنزاع هنا لفظی،و محل البحث فی تحقیق معنی الایمان،و الحق عندی فیه هو مذهب المتقدمین،لأنه المستفاد من الأخبار المستفیضه،و ان حملها متأخرو الأصحاب علی الفرد الأکمل منه،إلا أن الحمل فرع وجود المعارض،ثم الظاهر أنه علی تقدیر تفسیر الایمان بالمعنی المشهور،فمظهر الفرق بینه و بین التفسیر بالمعنی الثانی و هو اضافه العمل إلی ما ذکر،إنما هو فی اتصاف الفساق بالایمان و عدمه، فیتصفون به علی القول المشهور،لا علی القول الآخر،و لکن مع عدم اتصافهم به لا یکونون کفارا،بل مسلمین،لأنها المنزله الوسطی بین الکفر و الایمان، و کیف کان فإن محل الجمیع الإمامیه الاثنی عشریه.

و ما یظهر من المسالک من أن الایمان بمعنی اعتقاد إمامه الاثنی عشر (صلوات الله علیهم)أخص من الایمان بالمعنی المشهور،ان أرید به الخصوص و العموم بحسب المفهوم فهو کذلک،و ان أرید مصداقا بمعنی أنه یصدق الایمان بالمعنی المشهور علی ما هو أعم من الاعتقاد بإمامه الاثنی عشر(صلوات الله علیهم) کما هو ظاهر کلامه فهو باطل،لأنا نمنع صدق الایمان بأی معنی فسر علی غیر القائلین بإمامه الاثنی عشر(صلوات الله علیهم)،لما علم من الأخبار علی وجه لا یقبل الإنکار من شرف المؤمن و حرمته،و وجوب قضاء حقوقه و نحو ذلک من الأخبار المرویه فی الکافی فی کتاب الایمان و الکفر (۱)،و تفصیل حقوق المؤمن مضافا إلی ما دل علی أنه الموجب لدخول الجنه،و هذا کله لا یصح إجراؤه علی غیر الاثنی عشریه،فإنهم المرادون بذلک علی الخصوص.

نعم یجب التفصیل فیهم بالفسق و العداله،بناء علی القول الآخر فی معنی الایمان،و حینئذ فلو وقف علی المؤمنین و أطلق فإن کان الواقف من الإمامیه و هم الاثنی عشریه فلا ریب فی أن المراد بهم الإمامیه،لکن یبقی الکلام فی الاختصاص



---

۱- ۱) الکافی ج ۲ ص ۱۹۲ باب قضاء حاجه المؤمن.

بالعدول،و شمول الفساق المبنى على القول المشهور فى الايمان،من عدم أخذ الأعمال فى معناه فيشمل،أو أخذها فيختص،و ان كان الواقف من غيرهم، فالظاهر أن الحكم كالأول،و هو المفهوم من كلام الأصحاب أيضا،قال فى المسالك- بعد أن اعترف بأنه فى هذه الصوره ظاهر المصنف و الأكثر كونه كالصوره الأولى- ما لفظه:و هو مشكل،لأن ذلك غير معروف عنده،و لا قصده متوجه إليه،فكيف يحمل عليه،و ليس الحكم فيه كالمسلمين فى أن لفظه عام فينصرف إلى ما دل عليه اللفظ و ان خالف معتقد الواقف كما تقدم،لأن الإيمان لغه هو مطلق التصديق،و ليس بمراد هنا،و اصطلاحا يختلف بحسب المصطلحين،و المعنى الذى اعتبره أكثر المسلمين هو المعنى العام،فلو قيل بحمله عليه إذا كان الواقف غير امامى كان حسنا،أو يقال:ان كان من الوعيديه يحمل على معتقده،أو من الإماميه فعلى معتقده،أو من غيره فعلى معتقده عملا بشاهد الحال فى دلاله العرف الخاص،و القرائن الحاليه،انتهى.

و وجه الدخل فى كلامه أن ما ادعاه من الاختلاف فى معنى الايمان بحسب اختلاف المصطلحين،و انما اعتبره أكثر المسلمين هو المعنى العام،بمعنى أنه عباره عن مجرد الإقرار باللسان و الاعتقاد بالجنان مردود،بأن الكلام فى ذلك ينبغى الرجوع فيه إلى المعنى الشرعى الذى دلت عليه الأخبار،فإنه هو الأولى بالرجوع إليه و الاعتبار،و عليه تبنى الأحكام فى الإيراد و الإصدار،و لا عبره بعد ذلك باصطلاح المصطلحين،و لا باختلافهم فى اصطلاحهم و لا اتفاقهم،و الذى دلت عليه الأخبار كما تقدمت الإشاره إليه أن الايمان لا يصدق على غير الإماميه،و إلا لزم دخول غيرهم الجنه،و لا قائل به.

ثم انه قال فى المسالك:إذا تقرر ذلك فهل يشترط مع الاعتقاد المذكور فى المعنى المشهور اجتناب الكبائر؟قال الشيخ:نعم،فلا يجوز للفساق من الإماميه أخذ شىء منه،و تبعه جماعه،و لعل مبناه على أن العمل جزء من الايمان

كما هو مأثور عن السلف،و ورد فی کثیر من الأخبار أنه مرکب من ثلاثه أشیاء:

اعتقاد بالجنان،و إقرار باللسان،و عمل بالأرکان،فیکون العمل ثلث الایمان، و المشهور و هو الأصح عدم اعتباره،و إلیه ذهب الشهید فی البیان أیضا لما تحقق فی الکلام من أن الایمان هو التصدیق بالقلب،و الإقرار باللسان علی الوجه السابق،و أن العمل لیس بجزء منه،و لا شرط،انتهی.

و فیه أنه لا یخفی علی من راجع الأخبار التی هی العمده فی الإیراد و الإصدار أنها دائره بین قسمین،فقسم منها اشتمل علی أن الایمان عباره عن التصدیق و الإقرار،و هذه الأخبار وردت فی مقام الفرق بین الایمان و الإسلام،و أن الایمان أخص مطلقا.

و قسم منها ورد بأنه عباره عما ذکر مع اشتماله علی العمل،و صرحت بأنه إقرار باللسان،و اعتقاد بالجنان،و عمل بالأرکان،و لهذه الأخبار مؤیدات من الأخبار أیضا،مثل الأخبار الداله علی تقسیم الناس إلی ثلاث فرق،الراجعه إلی ست فرق،مثل

حدیث الطیار المروی فی الکافی (1)قال:قال أبو عبد الله علیه السلام:

الناس علی ست فرق،یؤولون (2)کلهم إلی ثلاث فرق:الایمان و الکفر و الضلال:

و هم أهل الوعدین الذین و عدهم الله تعالی الجنه و النار،المؤمنون و الکافرون، و المستضعفون و المرجون لأمر الله،إما یعذبهم و إما یتوب علیهم،و المعترفون بذنوبهم خلطوا عملا صالحا و آخر سیئا،و أهل الأعراف»، و مرجع ذلک إلی إثبات منزله بین الکفر و الایمان،و هو مبنی علی أخذ الأفعال فی الأعمال،و هؤلاء بمقتضی النصوص من المسلمین،لا بالمعنی المشهور الذی یدخل فیه المنافقون، بل أخص منه.

إذا عرفت ذلک فاعلم أنه لا منافاه بین هذه الأخبار،إذ غایه الأخبار الأول



---

1- 1) الکافی ج 2 ص 381 ح 2.

2- 2) أی:یرجعون.

أنهـا مطلقه و الثـانيه مقيـده،و طريق الجمع حمـل الإطلاـق فى تلـك الأخبـار على ما دلت عليه هـذه من أخـذ الأعمال،و إلا فإن اطراحها من غير موجب لا معنى له سيما مع ما عرفت من تأيدها بغيرها.

و بـذلك يظهر لـك أن مـا اختـاروه فى علم الكلاـم من أن الايمـان عبـاره عما ذكروه،لا أعرف له وجها وجيها،بل المفهوم من الأخبار بعد ضم بعضها إلى بعض هو ما ذكرناه،من أنه مركب من الثلاثه المذكوره،ثم ان فى كلامه اشاره ظاهره إلى أن مذهب السـلف أعنى متقـدمى الأصـحاب هو القول بما اخترناه، و الترجيـح لما رجحناه،و العجب أنه مع اعترافه بذلك و أنه قد ورد فى كثير من الأخبار كيف خالفه،و خرج عنه من غير حجه واضحه،سوى ما أحاله على علم الكلام.

و فيه أن مـا تحقق فى علم الكلاـم ان كـان مسـتفادا من الأخبار فقـد عرفت أنه ليس كـذلك لما ذكرناه،و ان كان من غيرها فلا عبره به،و لا عمل عليه، و الله العالم.

**و منها الوقف على الشيعه**

قال الشـيخان:لو وقفه على الشـيعه و لم يميز كان ذلك ماضـيا فى الإماميه،و الجاروديه من الزيـديه،دون التبريه،و به قال سـلار و ابن البراج و ابن حمزه،و قال المحقق فى الشرائع و المراد بهم الإماميه و الجاروديه دون غيرهم من فرق الزيديه.

قال فى المسالك:اسم الشـيعه يطلق على من قدم عليا عليه السـلام فى الإمامه على غيره بعد النبى(صلى الله عليه و آله و سلم)و لا شبهه فى كون الإمـاميه منهم،و كـذا الجـاروديه،و كـذا الإسـماعيليه،حيث لاـ يكونون ملاحـده،و أمـا بـاقى الشـيعه كالكيسانيه و الواقفيه و الفطحيه فداخله لكن لانقراضهم استغنى عن ذكرهم.

أقول و يؤيد ما ذكره من إطلاق الشيعه على هذه الفرق ما رواه

الكشى فى

ص :٢٠٦

کتاب الرجال بسنده عن عمر بن یزید [(۱)](#content_note_207_1)قال: «دخلت علی أبی عبد الله علیه السلام فحدثنی ملیا فی فضائل الشیعه،ثم قال:ان من الشیعه بعدنا من هو شر من النصاب،قلت:جعلت فداک أ لیس ینتحلون حبکم و یتولونکم و یبرءون من عدوکم؟قال:نعم،قلت:جعلت فداک بین لنا لنعرفهم،فلسنا منهم؟قال:کلا یا عمر لست منهم،إنما هم قوم یفتنون بزید،و یفتنون بموسی»،. إلا أن المستفاد من الأخبار الکثیره المستفیضه بل المتواتره معنی،من طرق الخاصه و العامه فی فضائل الشیعه هو التخصیص بالإمامیه بحیث یقطع بعدم دخول غیرهم فی هذا الإطلاق و یؤیده ما صرح به فی النهایه الأثیریه [(۲)](#content_note_207_2)حیث قال بعد ذکر بعض معانی لفظ الشیعه ما لفظه:و قد غلب هذا الاسم علی کل من یتولی علیا و أهل بیته،حتی صار لهم اسما خاصا فإذا قیل:فلان من الشیعه،عرف أنه منهم، و فی مذهب الشیعه کذا أی عندهم،انتهی.

و یؤیده أنه و ان کان لفظ الشیعه مما یطلق علی هؤلاء فی تلک الأعصار السابعه،الا أنه فی الأعصار المتأخره لا یتبادر من لفظ الشیعه إلا الإمامیه،حتی اشتهر المقابله له بأهل السنه،فیقال:شیعی،و سنی.

و بالجمله فإن المتبادر عنه فی هذه الأزمان إنما هو ما ذکرناه،و منه یعلم أن ما ذکره الأصحاب(رضوان الله علیهم)من الخلاف و الکلام فی هذه المسئله علی إطلاقه غیر متجه،فان المشهور بینهم أنه لو وقف علی الشیعه انصرف إلی من ذکر مما قدمنا نقله عن المسالک.

و فصل ابن إدریس،فقال:ان کان الواقف من احدی فرق الشیعه کالجارودیه و الکیسانیه و الناووسیه و الفطحیه و الواقفیه و الاثنی عشریه حمل کلامه العام علی شاهد حاله،و قوی قوله،و خصص به،و صرف فی أهل نحلته دون من عداهم من سائر المنطوق به،عملا بشاهد الحال،انتهی.



---

۱- ۱) رجال الکشی ص ۴۵۴ الرقم ۸۶۹.

۲- ۲) النهایه الأثیریه ج ۲ ص ۵۲۰.

و بمقتضی ما قلناه ینبغی أن یخص هذا الخلاف بما لو وقع الوقف فی تلک الأعصار،أما فی مثل أوقاتنا هذه و نحوها مما تقدمها و تأخر عنها،فإنه لا ینبغی الریب فی انصرافه إلی الإمامیه لو کان الواقف منهم،و انما یبقی الشک فیما لو کان الواقف من أحد تلک الفرق الموجوده الآن،فإنه لا یبعد القول فیه بما ذهب الیه ابن إدریس عملا بشاهد الحال،و هکذا لو کان فی الصدر السابق من أی واقف کان،و نقل عن التذکره أنه نفی البأس عن قول ابن إدریس؛و قال فی المسالک:

و هو حسن مع قیام القرینه علی إرادته لفریقه،و مع اشتباه الحال فالحکم العموم لعموم اللفظ کالمسلمین.انتهی.

و إنما خص الأصحاب الجارودیه من فرق الزیدیه بالذکر،لأنهم هم القائلون بإمامه علی علیه السلام بعده(صلی الله علیه و آله و سلم)و أما غیرهم من الصالحیه و السلیمانیه و التبریه فإنهم یقولون بإمامه الشیخین،و ان اختلفوا فی غیرهما،و الجارودیه نسبه إلی أبی الجارود زیاد بن المنذر،و الله العالم.

### و منها الوقف علی الإمامیه

،و الظاهر أنه لا خلاف فی أن المراد بهم الاثنی عشریه القائلون بإمامه الأئمه الاثنی عشر(صلوات الله علیهم)،و فی الدروس صرح باشتراط اعتقاد عصمتهم،بناء علی أنه لازم المذهب.

قال فی المسالک:و فی اشتراطه نظر و ان کان أولی،قال:و یلزمه اشتراط اعتقاد أفضلیتهم علی غیرهم،و غیره من معتقدات الشیعه المجمع علیها عندهم، و الفتاوی خالیه عنه،و الظاهر یشهد بخلافه،انتهی.

أقول:لا یظهر لی وجه فی هذا الخلاف و لا أثر یترتب علیه،فإنه لا ریب أن القول بإمامه الإمام علیه السلام مستلزم للقول بما یستتبع ذلک من عصمته و أفضلیته و نحوهما،إذ المراد من الإمامیه هو من قال بإمامتهم و اعتقدها مع جمیع ما یتبعها، فتصریح الدروس باشتراط اعتقاد عصمتهم دون غیرها لا وجه له،لأن هذا حاصل من غیر اشتراط،و التخصیص بالعصمه دون غیرها لا یظهر له وجه،و نزاعه

له فی المسالک جید إلا أن قوله«و ان کان أولی»لا أعرف له وجها وجیها.

و بالجمله فالحق أن هذه الأشیاء کلها لازمه للقول بالإمامه،فاشتراطها لا یزید علی أصل حصولها،و تخصیص بعضها دون بعض ترجیح من غیر مرجح، مع ما عرفت من أنه لا معنی لهذا الاشتراط بالکلیه.

و یظهر من الدروس أیضا أن الخلاف فی اشتراط اجتناب الکبائر آت هنا و رده فی المسالک بأنه لیس کذلک،قال:و الفرق یظهر من دلیل القائل باشتراطه، فان مفهوم الإمامیه لا مدخل له فی العمل مطلقا،بخلاف المؤمنین،انتهی و هو جید.

## و منها الوقف علی الزیدیه

فمن وقف علیهم کان ذلک للقائلین بإمامه زید بن علی بن الحسین علیهما السلام فإنهم یجعلون الإمامه بعده لکل من خرج بالسیف من ولد فاطمه علیها السلام من ذوی الرأی و العلم و الصلاح،و لا فرق بین أن یکون الواقف منهم،أو من غیرهم هذا هو المشهور،و به قال الشیخان و الأکثر.

و قال ابن إدریس:هذا الإطلاق غیر جید،بل إذا کان الواقف زیدیا، و ان کان الواقف إمامیا لم یصح الوقف،بناء علی أن وقف المحق علی غیره باطل قال فی المسالک بعد نقل ذلک عنه:و هو باطل.

أقول:و قد تقدم الکلام فی ذلک فی هذه المسئله فی صوره ما لو وقف علی المسلمین،و قد بینا ثمه قوه ما ذهب الیه ابن إدریس،و مرجعه إلی أنه یحکم بکفر هؤلاء،و هم یقولون بإسلامهم،و هو یشترط القربه فی الوقف،و هی هنا متعذره،و هم لا یشترطونها،فیکون قول ابن إدریس جیدا علی أصوله،و هو الحق فی کل من الحکمین کما سلف بیانه،و الله العالم.

## و منها الوقف علی الجیران

### اشاره

و قد اختلف الأصحاب(رضوان الله علیهم)فی الجوار،فقیل أنه یرجع إلی العرف،و هو اختیار العلامه فی المختلف،قال:

و المعتمد العرف،لأن ألفاظ الشرع یحمل علیه فی غیر الحقیقه الشرعیه،و نحوه فی

المسالك،قال:و وجهه واضح حيث لا يكون للفظه حقيقه شرعيه و قيل:لمن يلى داره إلى أربعين ذراعا،و به قال الشيخان و أبو الصلاح و سلار و ابن البراج و ابن إدريس و ابن زهره و ابن حمزه و القطب الكيدرى،قال فى الشرائع:و هو حسن،و به قال الشهيد،و إليه مال العلامه فى التحرير.

قال فى المسالك:و لم نقف لهم على مستند خصوصا لمثل ابن إدريس الذى لا يعول فى مثل ذلك على الأخبار الصحيحه و نحوها،و العرف لا يدل عليه،فكيف فيما لا مستند له،و لعله عول على ما تخيله من الإجماع عليه،كما اتفق له ذلك مرارا.

و قيل:إلى أربعين دارا من كل جانب،قال فى الشرائع و هو مطرح، و فى المسالك:لم أعلم قائله،و جماعه من باحثى مسائل الخلاف كالإمام فخر الدين فى الشرح و المقداد فى التنقيح و الشيخ على،أسندوا دليله إلى

روايه العامه عن عائشه (۱)

«عن النبى(صلى الله عليه و آله و سلم)سئل عن حد الجوار؟فقال:

أربعين دارا.

أقول:و العجب كل العجب منهم(رضوان الله عليهم)فى هذه المسئله حيث اختلفوا فيها كما عرفت،و قالوا ما قالوا،مع أنه قد روى ثقه الإسلام فى الكافى هنا روايات تدل على القول الثالث الذى حكم المحقق فى الشرائع بإطراحه، و جمله منهم كما عرفت إنما استندوا فيه إلى الروايه العامه،مع ان الكتاب المذكور فى أيديهم،عاكفون على درسه و شرحه و مطالعته،فمن الأخبار المشار إليها ما رواه

فى الحسن عن معاويه بن عمار عن عمرو بن عكرمه (۲)و هو مجهول عن أبى عبد الله عليه السلام قال:قال رسول الله(صلى الله عليه و آله و سلم)

كل أربعين دارا جيران من بين يديه،و من خلفه و عن يمينه و عن شماله.



---

۱- ۱) الجامع الصغير ج ۱ ص ۱۴۷.

۲- ۲) الكافى ج ۲ ص ۶۶۹ ح ۱،الوسائل ج ۸ ص ۴۹۱ ح ۲ الباب ۹۰.

و عن جميل بن دراج (۱)فی الصحیح أو الحسن عن أبی جعفر علیه السلام قال:

«حد الجوار أربعون دارا من کل جانب من بین یدیه و من خلفه و عن یمینه و عن شماله».

و عن عمرو بن عکرمه (۲)

«عن أبی عبد الله علیه السلام فی حدیث قال:ان رسول الله(صلی الله علیه و آله و سلم)أتاه رجل من الأنصار فقال:انی اشتریت دارا فی بنی فلان و ان أقرب جیرانی منی جوارا من لا أرجو خیره،و لا آمن شره قال:

فأمر رسول الله(صلی الله علیه و آله و سلم)علیا و سلمان و أبا ذر و نسیت آخر و أظنه قال:و المقداد أن ینادوا فی المسجد بأعلی أصواتهم بأنه لا إیمان لمن لم یأمن جاره بوائقه فنادوا بها ثلاثا،ثم أومی بیده الی کل أربعین دارا بین یدیه و من خلفه و عن یمینه و عن شماله».

و هذه الأخبار کما تری واضحه الدلاله فی القول المذکور،و به یظهر أنه هو المختار المنصور،و أن ما عداه بمحل من القصور،و لم أعثر علی من تنبه لهذه الروایات و ذکرها فی هذا المقام منهم سوی شیخنا الشهید الثانی فی المسالک، و العجب قوله بعد ذکرها و لولا شذوذ القول به بین أصحابنا لکان القول به حسنا لکثره روایاته من الطرفین،و کثیرا ما یثبت الأصحاب قولا بدون هذا المستند، و العامه عاملون بروایاتهم فی ذلک،انتهی.

فان فیه أن الواجب علی الفقیه و المأمور به من الله سبحانه و رسوله و أوصیائه هو القول بالدلیل الوارد عنهم علیهم السلام و النهی عن القول بغیر دلیل،فضلا عن مخالفه الدلیل الوارد،و من الظاهر أن هذا الاختلاف فی هذه المسئله إنما نشأ من حیث عدم الوقوف علی هذه الأخبار،و الا فمع الوقوف علیها و العدول عنها الی ما لا دلیل علیه بالکلیه أمر لا تجوز نسبتهم إلیه،لأنه موجب لحملهم علی مخالفه الله سبحانه و رسوله تعمدا من دلیل،و أی طعن أعظم منه،علی أنه قد صرح هو



---

۱- ۱) الکافی ج ۲ ص ۶۶۹ ح ۲،الوسائل ج ۸ ص ۴۹۱ ح ۱ الباب ۹۰.

۲- ۲) الکافی ج ۲ ص ۶۶۶ ذیل الحدیث ۱،الوسائل ج ۸ ص ۴۸۷ ح ۱.

نفسه بنحو ما قلناه من وجوب عمل الفقيه بما قام له الدليل عليه،و ان ادعى الإجماع على خلافه فى مسئله ما لو أوصى له بأبيه فقبل الوصيه،حيث قال ما صورته:و الأقوى ما اختاره المصنف،و لا يقدح دعواه الإجماع فى فتوى العلامه،لأن الحق أن الإجماع عند أصحابنا انما يكون حجه مع تحقق دخول المعصوم فى جمله قولهم،فان حجيته انما هى باعتبار قوله عندهم،و دخول قوله فى قولهم فى مثل هذه المسئله النظريه غير معلوم،و قد نبه المصنف فى أوائل المعتبر على ذلك،ثم نقل عبارته الى أن قال:و هذا الإنصاف عين الحق،فإن إدخال قول شخص غائب لا يعرف قوله فى قول جماعه معروفين بمجرد اتفاقهم على ذلك القول بدون العلم بموافقته لهم،تحكم بارد، و بهذا يظهر جواز مخالفه الفقيه المتأخر لغيره من المتقدمين فى كثير من المسائل التى ادعوا فيها الإجماع إذا قام عنده الدليل على ما يقتضى خلافهم،و قد اتفق ذلك لهم كثيرا،لكن زله المتقدم متسامحه عند الناس دون المتأخر،انتهى و هو جيد نفيس.

و منه يعلم أيضا ان ما يقول به هو و غيره من هذه الإجماعات المتناقله فى كلامهم و الجاريه على رؤس أقلامهم مما لا اعتماد عليها و لا التفات إليها،كما حققه أيضا فى رسالته التى فى وجوب صلاه الجمعه،و حققناه بما لا مزيد عليه فى باب صلاه الجمعه من كتاب الصلاه (1).

## [تنبيهات]

### اشاره

بقى فى المقام فوائد ينبغى التنبيه عليها

### الأولى

-أنه على تقدير القول المختار من اعتبار الجوار بعدد الدور من الجوانب الأربعه،فالظاهر أنه لا فرق فى ذلك بين الدار الصغيره و الكبيره،و لا بين قرب المسافه بين الدور و بعدها،عملا بالإطلاق و حصول مسمى العدد،و يحتمل اعتبار قرب المسافه نظرا إلى العاده و العرف فى البلدان،و أن دورها فى الغالب متصله بعضها ببعض،أو يكون بينها مسافه يسيره و لعله الأقرب،و هل يصدق هذا الحكم فى سكان الباديه؟ظاهره فى المسالك ذلك

ص:212

---

1- 1) ج 9 ص 361 الى ص 376.

حیث قال:و لو کان فی أهل البادیه اعتبر من ینزل حوله،و یسمی جاره عرفا أو مساحه أو عددا بالنسبه إلی البیوت المخصوصه،انتهی.

و فیه اشکال بناء علی القول المختار،و أما علی القولین الآخرین فیمکن ذلک و ان کان لا یخلو من بعد،و وجه الأشکال أن مورد النصوص تفسیر الجوار بالدور و العدد المخصوص منها،و من المحتمل قریبا أن استمرار السکنی مما له مدخل فی ذلک،بخلاف البادیه التی ینتقل و یتحول من مکان الی آخر.

### الثانیه

-الظاهر أنه لا فرق فی صدق الجوار بین أن یکون الدار ملکا للساکن أو إجاره أو عاریه،و فی التحریر توقف فی استحقاق المستأجر و المستعیر و ربما قیل:باحتمال التخصیص بالمملوکه،و علی هذا فان کان مستعارا أو مستأجرا لم یستحق أحد منهما من الوقف شیئا.

أما المالک فلعدم حصول الجوار بالنسبه الیه،و أما الساکن فلعدم کونه مالکا،و علی ما استظهرناه فهل یکون الغاصب کذلک؟اشکال من صدق الجوار عرفا،و من أنه عدوان فلا یترتب علیه أثر،و تنظر فیه فی المسالک،قال:لعدم المنافاه،و رجح فی التحریر العدم.

### الثالثه-لو باع الدار التی یسکنها

زال حقه من الجوار،و انتقل إلی المشتری ان سکنها،و لو عاد إلیها عاد إلیه الحق،و کذا المستأجر بعد انقضاء المده یعود إلی کل منهما الحق متی حصل السکنی.

### الرابعه-لو غاب عن الدار بسفر

مع اراده الرجوع فأطلق بعضهم أنه لا یخرج بذلک عن الاستحقاق،و الأقرب التفصیل بأنه ان کانت الغیبه بعد السکنی و له فیها أهل و عیال،و أسباب،و إنما سافر لأمر من الأمور التی جرت العاده بالسفر لها،فلا ریب فی صحه ما ذکروه من أنه لا یخرج عن الاستحقاق،سواء کان الوقف متقدما علی سفره أم وقع فی حال غیبته،و ان کانت غیبته عن الدار و لیس له فیها أهل و لا أسباب بالکلیه،فما ذکروه محل اشکال،لعدم صدق

السـكنی علی هذه الحال علی حال الغيبه،و الفرق بين الصورتين أنه باعتبار أنه فی الدار من الأهل و العيال و الأسباب فی الصوره الأولی فی حكم الساكن،بل هو ساكن،و ان كان غائبا بنيه الرجوع،بخلاف الثانيه.

**الخامسه [لو كان له داران يتردد إليهما فی السكنی]**

-قالوا:لو كان له داران يتردد إليهما فی السـكنی فهو جار لأهلهما فيسـتحق بسببهما معا لصدق الاسم مع وجود القدر المعتبر عند معتبره،و لو كان يسكنهما علی التناوب أو بحسب الفصول استحق زمن السكنی.

أقول:و فی تخصـيص الاسـتحقاق بزمن السكنی فی الصوره الأخيره تأييد لما قدمنا ذكره فی الغائب عن داره،و ليس له فيها عيال و لا مال و لا أسباب و ان كان بنيه الرجوع،فإنه لا يستحق زمن الغيبه شيئا.

**السادسه [كيفيه القسمه]**

-ان قلنـا ببناء الجوار علی العرف كما هو أحـد الأقوال المتقـدمه، وجب قسـمه الموقوف علی رؤس الجيران مطلقا،و كـذا ان قلنا بالأذرع،و يسـتوی فيه الصغير و الكبير و الذكر و الاثنی،و ان قلنا بالبناء علی عدد الدور،و الظاهر قسمته علی عددها صغيره كانت أو كبيره ثم يقسم رصد كل دار علی عدد أهلها، و قيل:بأنه يقسم من أول الأمر علی عدد أهل الدور،و الله العالم.

**و منها ما لو وقف علی قومه**

،قال الشيخان:يكون علی جماعه أهل لغلته من الذكور دون الإناث،و تبعهما ابن البراج و ابن حمزه،و قال أبو الصلاح:

يعمل بالمعلوم من قصـده،فان لم يعرف ما قصـده عمل بعرف قومه فی ذلك الإطلاق،و قال سـلار:يكون لجماعه أهل لغته و لم يخص الذكور بالذكر.

و قـال ابن إدريس:الـذی يقتضـيه أصول المـذهب و تشـهد بصـحته الأدله الظاهره أنه يكون مصـروفا إلی الرجال من قبيلته ممن ينطلق العرف بأنهم أهله و عشـيرته، دون من سواهم،هذا الذی يشهد به اللغه و عرف العاده و فحوی الخطاب، قال الشاعر: «قومی هم قتلوا أميم أخی فإذا رميت يصيبنی سهمی» قال:

و إنما قلنا انه يختص بالذكر لقوله تعالی

«لاّ يَسْخَرْ قَوْمٌ مِنْ قَوْمٍ . وَ لاّ نِسّٰاءٌ مِنْ نِسّٰاءٍ» (۱)و قول زهير:«فمـا أدرى و سوف أخـال أدرى أقوم أهل حصن أم نساء» قال:و أما الروايه التى وردت بأن ذلك على جميع أهل لغته فهى خبر واحـد، لا يوجب علما و لا عملا من غير دليل يعضدها من إجماع أو كتاب أو سنه أو دليل أصل،فإذا عدم جميع ذلك و ورد خطاب مطلق حمل على العرف،و العرف ما اخترناه.

و قال العلامه فى المختلف بعـد نقل ذلك عنه،و الجواب المنع من ذلك، فان الشـيخين أعرف باللغه،و مقاصد العرب،و المرجع فى ذلك إليهم،انتهى.

أقول:الظاهر أن الأقرب من هـذه الأقوال هو ما ذهب إليه ابن إدريس (رحمه الله عليه)لشـهاده ما اسـتند إليه من البيت بذلك،فإنه ظاهر فيما ادعاه من أن المراد بقومه هم الأهل و العشيره،و جواب العلامه له بما ذكره مجرد تحامل عليه،كما هو عادته غالبا،و أما ما يشير إليه كلام ابن إدريس من ورود روايه بتفسير القول بما ذكره الشيخان و أتباعهما فلم تصل إلينا،و لا نقلها غيره و لو ثبتت لمـا كان عنها معـدل،و كلام ابن إدريس هنا فى المنع من العمل بها على قاعـدته غير مسـموع و لا موجه،و من المحتمل قريبا ان ابن إدريس ظن أن الشيخين إنما ذكرا ذلك لروايه وصلت إليهما،فطعن فيها بما ذكره،و مثل ذلك كثير فى كلامه مع الشيخ من نسبه كلام الشيخ إلى أخبار الآحاد،مع أنه ليس ثمه خبر.

## و منها ما لو وقف على عشيرته

،فقال الشيخان:إنه على الخاص من قومه الذين هم أقرب إليه فى نسبه،و به قال سلار و ابن البراج و ابن إدريس،و قال:

أبو الصـلاح بعمـل بـالمعلوم من قصـده،فان لم يعرف عمل بعرف قومه فى ذلك الإطلاق،قال:و روى أنه إذا وقف على عشـيرته كـان على الخـاص من قومه الـذين هم أقرب النـاس إليه فى نسـبه،مع أنه قـال عقيب ذلـك:إذا وقف على قومه كـان ذلك على جميع أهل لغته من الذكور دون الإناث.



---

۱- ۱) سوره الحجرات-الايه ۱۱.

أقول:ما ذكره هنا من الروايه أيضا فإنا لم نقف عليها و لم تصل إلينا، و من المحتمل قريبا ان هذه الروايه و كذا المذكوره فى سابق هذا الموضع إنما هى من روايات العامه،فإن أصحابنا كثيرا ما يستسلفون رواياتهم فى أمثال هذه المقامات سيما مع عدم ورود نص من طرقهم،و الله العالم.

### المسئله الخامسه [فى شمول الوقف على ولده لأولاد البنات] :

إذا قال:وقفت على أولادى ثم على الفقراء،فإن أضاف إلى ذلك ما يدل على الاختصاص بأولاد الصلب كقوله أولادى لصلبى و نحوه أو ما يدل على العموم لكل من تناسل منه،بان يقول:على أولادى و الحال أنه لا ولد له لصلبه،أو يقول:إلا ولد البنات،أو إلا ولد فلان،أو قال:يفضل البطن الأعلى على التالى أو نحو ذلك،فإنه لا خلاف و لا إشكال فى التخصيص فى الأول،و العموم فى الثانى،إنما الخلاف فيما لو أطلق،فالمشهور بين المتأخرين هو الاختصاص بأولاد الصلب،و هو قول الشيخ فى المبسوط و ابن الجنيد،لأنهم الأولاد،إذ هم المتولدون من نطفته،و إطلاقه على أولاد الأولاد مجاز،و المشهور بين المتقدمين العموم لكل من تناسل منه ذكورا و إناثا حقيقه،و هو قول الشيخ المفيد و ابن البراج و أبو الصلاح و ابن إدريس و غيرهم.

و قال الشيخ المفيد فى المقنعه:و إذا وقف الإنسان ملكا على ولده و لم يخص بعضا من بعض بالذكر و التعيين كان لولده الذكور و الإناث و ولد ولدهم،و قال ابن إدريس فى السرائر:و إذا وقف على أولاده فحسب،و لم يقل لصلبه دخل فيهم أولاد أولاده،ولد البنين و البنات،بدليل إجماع أصحابنا،و لان اسم الولد يقع عليه لغه و شرعا،و قد أجمع المسلمون على أن عيسى عليه السلام ولد آدم،و هو ولد ابنته،

و قال النبى (1)(صلى الله عليه و آله و سلم)فى الحسن و الحسين عليهما السلام

«ابناى هذان إمامان قاما أو قعدا». و لا خلاف بين المسلمين فى أن الإنسان لا يحل له نكاح بنت



---

۱- ۱) البحار ج ۴۳ ص ۲۷۸.

بنته،مع قوله تعالى (۱)«حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَ بَنَاتُكُمْ» و بنت البنت بنت بغير خلاف،فاما استشهاد المخالف على خلاف ما ذكرناه بقول الشاعر:

بنونا بنوا أبنائنا،و بناتنا

بنوهن أبناء الرجال الأباعد

فإنه مخالف لقول الرسول(صلى الله عليه و آله و سلم)و قول الأمه و المعقول فوجب رده و لا يقضى بهذا البيت من الشعر على القرآن و الإجماع،إلى آخر كلامه زيد فى إكرامه.

و العجب من أصحابنا المتأخرين حيث خصوا الخلاف فى كون المتولد من البنت ابنا حقيقه أم لا؟بالمرتضى(رضى الله عنه)و كلام هؤلاء المذكورين مما نقل هنا و ما لم ينقل صريح فى أنه ابن حقيقه،و نحو ذلك كلام الشيخ فى الخلاف فى هذا الكتاب،فإنه قال:إذا وقف على أولاده و أولاد أولاده دخل أولاد البنات فيه،و يشتركون فيه مع أولاد البنين الذكر و الأنثى فيه سواء،ثم نقل أقوال العامه و اختلافهم إلى أن قال:دليلنا إجماع المسلمين على أن عيسى بن مريم من ولد آدم،و هو ولد ابنته،لأنه ولد من غير أب،و أيضا

دعاء رسول الله(صلى الله عليه و آله و سلم)الحسن ابنا و هو ابن بنته (۲)،فقال:

لا تزرموا على ابنى أو لا تقطعوا عليه بوله،و كان قد بال فى حجره فهموا بأخذه،فقال:ذلك». فاما استشهادهم بقول الشاعر بنونا ثم ذكر البيت ثم قال فإنه مخالف لقول النبى(صلى الله عليه و آله و سلم)و إجماع الأمه و المعقول،فوجب رده،على أنه إنما أراد بذلك الشاعر الانتساب،لأن أولاد البنت لا ينسبون إلى أمهم و إنما ينسبون إلى أبيهم،و كلامنا فى غير الانتساب،انتهى و هو الحق الحقيق بالاتباع،و قد حققنا المسئله بما لا مزيد عليه،و لا سبق سابق و لا لحق لا حق من علمائنا إليه فى كتاب الخمس (۳)، و الله العالم.



---

۱- ۱) سوره النساء-الایه ۲۳.
۲- ۲) معانى الأخبار ص ۲۱۱ ط إيران سنه ۱۳۷۹.
۳- ۳) ج ۱۲ ص ۳۹۰ الى ۴۱۶.

### المسئله السادسه [فی الوقف علی مصلحه فاتفق بطلان رسمها] :

المشهور أنه لو وقف علی مصلحه فبطل رسمها،فإنه یصرف فی وجوه البر ذکره الشیخ،و تبعه الجماعه من غیر نقل خلاف،و یظهر من المحقق فی النافع التوقف فی ذلک،حیث أنه نسب الحکم بذلک الی قول،مؤذنا بالتردد فیه،و علل القول المشهور بأن الملک خرج عن ملک الواقف بالوقف الصحیح أولا،فلا یعود الیه،و القربه الخاصه قد تعذرت،فإنه یصرف الی غیرها من القرب،لاشتراک الجمیع فی أصل القربه،و لأنه أقرب شیء إلی مراد الواقف، و لا أولویه لما أشبه تلک المصلحه التی بطل رسمها،لاستواء القرب فی عدم تناول عقد الوقف لها،و عدم قصد الواقف لها بخصوصها،و مجرد المشابهه لا دخل له فی تعلقه بها،فیبطل القید،و یبقی أصل الوقف من حیث القربه.

و اعترضه فی المسالک قال:و فیه نظر،فإنه لا یلزم من قصد القربه الخاصه و ارادتها قصد القربه المطلقه،فإن خصوصیات العبادات مقصوده،و لا تلزم اراده بعضها من اراده بعض،انتهی.

و علل ما ذهب الیه المحقق فی النافع بأنه حیث لا دلیل علی القول المذکور فالأصل بقاء الملک،خرج عنه ما نص الواقف علیه،فمع تعذره یرجع الوقف الیه مع وجوده،و مع فقده الی ورثته،کذا ذکره ابن فهد فی شرحه علی الکتاب.

أقول:لا یخفی أن المسئله المذکوره و ان کانت غیر منصوصه علی الخصوص، الا أن لها نظائر فی الشرع عدیده قد ورد الحکم فیها بما ذکره الأصحاب،و یرجع الجمیع إلی أنه مع تعذر ما عینه المالک من وصیه أو نذر أو نحو ذلک،مما یجب إنفاذه شرعا،فإنه مع تعذر المصرف المخصوص یصرف فی وجوه البر،و لا یرجع الی الورثه،و ان خالف فیه بعض الأصحاب کما هنا،فأوجب رده الی الورثه مع تعذر المصرف،الا أنه محجوج بالأخبار الداله علی ما ذکرناه،فمن ذلک ما لو أوصی بأبواب عدیده من الوصایا فنسی بابا أو أبوابا،فإنه یصرف فی وجوه

البر كما رواه

المشايخ الثلاثه عن محمد بن الريان (۱)

«أنه كتب الى أبى الحسن محمد بن على عليهما السلام يسأله عن إنسان أوصى بوصيه،فلم يحفظ الوصى إلا بابا واحدا منها كيف يصنع فى الباقى؟فوقع عليه السلام الأبواب الباقيه يجعلها فى البر».

و ذهب ابن إدريس هنا و الشيخ فى المسائل الحائريات إلى أنه يرجع ميراثا حيث أن الوصيه بطلت،لامتناع القيام بها،و النص كما ترى بخلافه،و من ذلک

ما رووه(عطر الله تعالى مراقدهم)عن على بن يزيد صاحب السابرى (۲)عن أبى عبد الله عليه السلام فى حديث طويل يتضمن أنه أوصى رجل بتركته إلى على المذكور، و أمره أن يحج بها عنه،قال:

«فنظرت فإذا هو شىء يسير لا يكفى للحج،فسألت الفقهاء من أهل الكوفه فقالوا:تصدق بها عنه،فتصدق به ثم لقى بعد ذلک أبا عبد الله عليه السلام فسأله و أخبره بما فعل،فقال:ان كان لا يبلغ أن يحج به من مكه فليس عليک ضمان و ان كان يبلغ ما يحج به فأنت ضامن». و التقريب فيه أنه قرره على الصدقه إذا لم يبلغ الحج به من مكه،و لم يحكم بكونه ميراثا.

و فى جمله وافره من الأخبار (۳)ما يدل على أن ما أوصى به بالكعبه أو كان هديا لها أو نذرا فإنه يباع ان كان جاريه و نحوها،و ان كان دراهم فإنه يصرف فى المنقطعين من زوارها،معللين عليهم السلام ذلک بأن الكعبه لا تأكل و لا تشرب، فيصرف ذلک الى المحتاجين من زوارها،و هو مؤيد لذلک.

و قد تقدمت الأخبار المشار إليها فى آخر جلد كتاب الحج (۴)و هذه الأخبار



---

۱- ۱) الكافى ج ۷ ص ۵۸ ح ۷،التهذيب ج ۹ ص ۲۱۴ ح ۲۱،الفقيه ج ۴ ص ۱۶۲ الباب ۱۱۰.

۲- ۲) الكافى ج ۷ ص ۲۱ ح ۱ بعنوان على بن فرقد،التهذيب ج ۹ ص ۲۲۸ ح ۴۶ بعنوان على بن مزيد. و هما فى الوسائل ج ۱۳ ص ۴۵۳ ح ۱ و ص ۴۷۳ ح ۱.

۳- ۳) الكافى ج ۴ ص ۲۴۲ ح ۲ و ۳،التهذيب ج ۵ ص ۴۴۰ ح ۱۷۵، الوسائل ج ۹ ص ۳۵۲ الباب ۲۲.

۴- ۴) ج ۱۷ ص ۳۶۰.

و ان كان موردها الوصيه كما فى بعض،و الهدى كما فى آخر،و النذر كما فى ثالث و لم يتضمن شيء منها حكم الوقف إلا أنها مما يتبادر منها الى الفهم السليم و الذهن القويم كون الوقف كذلك،فان الجميع مشترك فى الخروج عن المالك بما وقع من وقف أو وصيه أو نذر أو نحوها،فعوده اليه عند تعذر المصرف المخصوص يتوقف على الدليل،و لا دليل،بقى الأمر فى أنه متى لم يرجع اليه فلا بد من مصرف، و هذه الأخبار قد عينت مصرف ما اشتملت عليه بأنه أبواب البر،و ان كان مخصوصا فى بعضها بنوع خاص،كما فى أخبار الكعبه،فلا بد أن يكون مصرف الوقف كذلك للاشتراك فى العله،و إلا بقى بغير مصرف و هو باطل إجماعا.

و ما ذكره فى المسالك فى الاعتراض على دليل القول المشهور من أنه لا يلزم من قصده القربه الخاصه و ارادتها قصد القربه المطلقه الى آخره،وارد فى هذه الأفراد التى ذكرناها،مع أن الأخبار قد صرحت بخلافه،و حينئذ فلا اعتماد عليه،إذ لو كان صحيحا فى حد ذاته لكان كليا فى جميع هذه الموارد،مع أن الأخبار كما دريت على خلافه.

و أما ما ذكره فى المسالك على أثر الكلام المتقدم حيث قال:و التحقيق أن المصلحه المذكوره الموقوف عليها لا يخلو من أن يكون مما ينقرض غالبا أو يدوم غالبا أو يشتبه الحال،و الأول كما لو وقف على شجر مخصوص كالتين و العنب، و هذا الوقف يكون كمنقطع الأخر إذ هو بعض أفراده،فيرجع بعد انقضائه إلى الواقف،أو ورثته على الخلاف،حيث لا يجعله بعده لمصلحه أخرى تقتضى التأبيد.

و الثانى كالوقف على مصلحه عين من ماء مخصوص و نحوه مما تقضى العاده بدوامه،فيتفق عوزه أو على قنطره على نهر يتفق انقطاعها،و انتقاله عن ذلك المكان حيث لا تكون العاده قاضيه بذلك،و المتجه فيه ما ذكره الأصحاب لخروج الملك عن الواقف بالوقف،فعوده يحتاج الى دليل،و هو منتف،و صرفه فى وجوه البر أنسب بمراعاه غرضه الأصلى ان لم يجز صرفه فيما هو أعم منه.

و الثالث كالوقف على مسجد فى قريه صغيره أو على مدرسه كذلك بحيث يحتمل انقطاع مصلحته كما يحتمل دوامها،و فى حملها على أى الجهتين نظر، من أصاله البقاء فيكون كالمؤبد،و الشک فى حصول شرط انتقال الملک عن مالكه مطلقا الذى هو التأبيد،فيحصل الشک فى المشروط،فلا نحكم إلا بالمتيقن منه، و هو خروجه عن ملكه مده تلک المصلحه،و يبقى الباقى على أصليه البقاء على ملک مالكه،انتهى.

ففيه أنه لا- يخفى على المتأمل فى هذا الباب أن أصل هذا الحكم لا- نص عليه، و لا- دليل فى الوقف على المصالح،بل هو بمقتضى قواعدهم باطل غير صحيح،لما تقدم أن من جمله شروط الموقوف عليه عندهم أن يكون موجودا له أهليه التملک و الحكم بصحه الوقف على هذه الكيفيه إنما استندوا فيه الى ان الوقف هنا فى الحقيقه وقف على المسلمين،و ان كان باعتبار مصلحه خاصه،و حينئذ فإذا كان الموقوف عليه انما هو المسلمون،فإنه لا يلزم من بطلان تلک المصلحه بطلان الوقف،بل يجرى فى غيرها من مصالحهم بأى نحو كانت تلک المصلحه الموقوف عليها أولا من الأنحاء التى ذكرها.

بقى الكلام فى أنه هل يتعين الأقرب فالأقرب إلى تلک المصلحه أم لا؟وجهان أحوطهما الأول،هذا و عندى فى أصل الحكم أعنى الوقف على المصالح اشكال، حيث لم أقف على خبر دال على شىء من أفراد هذا النوع،فضلا عن أن يدل عليه بأمر كلى،و غايه ما يتعلقون به و يدور فى كلامهم الوقف على المساجد، و قد عرفت أن ظاهر الصدوق المنع منه،للخبرين المتقدمين،و ظاهر الخبرين المذكورين ذلک أيضا،و بذلک يظهر أن تعميم الكلام فى المصلحه المذكوره إلى شمول مثل شجر العنب و التين و عين الماء كما تقدم فى كلام شيخنا المشار اليه مشكل،و الله العالم.

### [تنبيهات]

### اشاره

بقى فيما يتعلق بهذا المطلب أمور يجب التنبيه عليها،

### أحدها:لو وقف على بنى تميم

أو بنی هاشم،فالمشهور الصحه،و یصرف إلی من یوجد منهم،و قال ابن حمزه:لا یصح الوقف علی بنی فلان،و هم غیر محصورین،و ما ذهب الیه ابن حمزه هو قول الشافعی،معللا بالجهل فی المصرف،حیث انه متعذر استیعابهم و حصرهم و فی التذکره أسند القول بالصحه إلی علمائنا،مؤذنا بدعوی الإجماع علیه،ورد ما ذکره ابن حمزه و الشافعی بالأخبار و الإجماع الدالین علی صحه الوقف علی الفقراء و المساکین و المؤمنین مع انتشارهم و عدم حصرهم.

أقول:و یدل علیه ما رواه

فی الکافی عن علی بن محمد بن سلیمان النوفلی (۱)قال:

«کتبت الی أبی جعفر الثانی علیه السلام أسأله عن أرض وقفها جدی علی المحتاجین من ولد فلان ابن فلان،و هم کثیر متفرقون فی البلاد،فأجاب:ذکرت الأرض التی وقفها جدک علی فقراء ولد فلان بن فلان و هی لمن حصر البلد الذی فیه الوقف و لیس لک أن تتبع من کان غائبا».

و رواه الشیخ مثله، (۲)إلا أنه قال:

من ولد فلان بن فلان الرجل یجمع القبیله،و هم کثیر متفرقون فی البلاد و فی ولد الواقف حاجه شدیده فسألونی أن أخصهم بهذا دون سائر ولد الرجل الذی یجمع القبیله،. فأجاب علیه السلام کما تقدم.

**و ثانیها [جواز الوقف علی الذمی]**

المشهور بینهم جواز الوقف علی الذمی،لأن الوقف تملیک فهو کإباحه المنفعه و قیل:لا یصح،لأنه تشترط فیه نیه القربه.

أقول:مرجع هذا الخلاف الی ما تقدم فی الوقف علی الکافر،فان اشترط التقرب فی الوقف بطل هذا الوقف،و إلا فلا،و قد مر تحقیق الکلام فی هذا المقام.

**و ثالثها [بطلان الوقف لو لم یذکر المصرف]**

-المشهور أنه لو وقف و لم یذکر المصرف بطل الوقف،لأن الوقف تملیک فلا بد من ذکر المالک،کالبیع و الهبه و نحوهما،فلو قال:بعت داری



---

۱- ۱) الکافی ج ۷ ص ۳۸ ح ۳۷.

۲- ۲) التهذیب ج ۹ ص ۱۳۳ ح ۱۰،الوسائل ج ۱۳ ص ۳۰۸ ح ۱.

بكذا أو وهبتها و لم يذكر المشترى و لا الموهوب بطل إجماعا.

أقول:و يؤيده ما تقدم ذكره من أن الوقف من العقود الناقله للملك،فلا بد فيه من دليل يدل على ما يحصل به النقل،و العقد بهذه الكيفيه لم يقم دليل على كونه ناقلا،و بالجمله بقاء الملك حتى يقوم دليل شرعى على نقله أقوى دليل فى المقام.

و نقل عن ابن الجنيد الصحه،قال:و لو قال:صدقه لله و لم يذكر من تصدق بها عليه جاز ذلك،و كان ذلك فى أهل الصدقات الذين سماهم الله لأن الغرض من الوقف الصدقه و القربه،و هو متحقق،و أورد عليه بأن الغرض من الوقف ليس مطلق القربه بل القربه المخصوصه،أقول:و الأظهر فى رده هو ما قدمنا ذكره.

### و رابعها [فى اقتضاء عدم التفضيل بين الأولاد التساوى]

-المشهور أنه إذا وقف على أولاده أو اخوته أو ذوى قرابته و لم يفضل بعضا على بعض،فان مقتضى الإطلاق الاشتراك و التساوى بين الذكور و الإناث،و الأقرب و الأبعد،و الوجه فى ذلك هو أن كل من تناوله أحد هذه الألفاظ و نحوها دخل فى الحكم المذكور،و الاشتراك يقتضى التسويه،و بعض هذه الألفاظ و ان كان مخصوصا بالذكور كالأخوه مثلا إلا أنه لا خلاف فى دخول الإناث تبعا،كما فى سائر الأحكام الشرعيه التى مورد الاخبار فيها الذكور، الا مع قيام دليل على التخصيص،و نقل عن ابن الجنيد هنا أنه مع الإطلاق يكون للذكر مثل حظ الأنثيين،حملا على الميراث،و كذا لو قال:لورثتى و فيه أنه قياس مع الفارق.

## المطلب السادس فى اللواحق:

### اشاره

و فيه مسائل

### [المسأله] الأولى [هل الوقف ينتقل عن ملك الواقف أم لا؟]

### اشاره

-اختلف الأصحاب(رحمهم الله)فى أن الوقف هل ينتقل عن ملك الواقف أم لا؟و على الأول فهل ينتقل إلى الموقوف عليه أم إلى الله تعالى؟أم يفصل فى ذلك بين ما كان الوقف لمصلحه أو جهه عامه؟فإنه ينتقل الى الله عز و جل،و ما كان الموقوف عليه ممن يصح تملكه،فإنه ينتقل إليه، فالكلام هنا يقع فى مقامين

### الأول-أنه هل ينتقل الموقوف بالوقف عن ملك الواقف أم لا؟

المشهور الأول،و نقل عن ظاهر أبى الصلاح و أسنده فى المسالك

أیضا إلی اختیار جمع من العامه أنه یبقی علی ملک الواقف،احتج الأولون بأن الواقف یزیل التصرف فی العین و المنفعه،فیزیل الملک کالعتق،و لأنه لو کان باقیا علی ملکه لرجعت إلیه قیمته.

احتج الآخرون

بقوله(صلی الله علیه و آله و سلم) (۱)

«حبس الأصل و سبل الثمره». و سیأتی أن التحبیس علی الآدمی لا یخرج عن الملک،و لجواز إدخال من یرید مع صغر الأولاد،و لو انتقل لم یجز ذلک و دلیل الصغری قد تقدم،و الکبری ظاهره،و أجیب عن الأول بأن المراد بتحبیس الأصل أن یکون محبوسا علی ملک الموقوف علیه،و ما فی معناه لا یباع و لا یوهب و لا یورث، و الملک إنما زال علی هذا الحد من الشرائط و مطلق الحبس لا یدل علی عدم الخروج،فان منه ما یخرج عن الملک،مع أن هذا الحبس لیس هو ذلک،لأنه قسیمه،فلا یکون قسما منه،بل هذا حبس أقوی.

و عن الثانی بأن إدخال من یرید من أولاده ان سلم،فبدلیل من خارج.

أقول:لا یخفی علی من لاحظ الأخبار المتقدمه سیما أخبار صدقاتهم (۲)علیهم السلام و وقوفهم أنه لا یرتاب فی دلالتها علی خروج الوقف عن ملک الواقف،و صیرورته کالأجنبی خصوصا ما دل علی نصب القیم بذلک الوقف،و ان مورد الصدقه فیها التی هی عباره عن الوقف کما عرفت هو العین بأن قصد المتصدق بها ابتغاء وجه الله سبحانه،بمعنی أنه أخرج هذه العین عن ملکه الی ملک أولئک الموقوف علیهم ابتغاء وجه الله،و یؤکده

قوله (۳)علیه السلام فی بعضها

صدقه بتلا بتا. أی منقطعه عن صاحبها الأول،و مبانه عنه،فان البتل لغه القطع،و البت أیضا بمعناه،و فی حدیث صدقه الکاظم (۴)علیه السلام و فی حدیث صدقه أمیر المؤمنین علیه السلام بأمواله هذه

ص:۲۲۴

---

۱- ۱) المستدرک ج ۲ ص ۵۱۱ الباب ۲ ح ۱.

۲- ۲) الکافی ج ۷ ص ۴۷ باب صدقات النبی(ص)و فاطمه و الأئمه(علیهم السلام) و وصایاهم.الوسائل ج ۱۳ ص ۳۱۱ الباب ۱۰.

۳- ۳) الکافی ج ۷ ص ۵۴ ذیل ح ۸،الوسائل ج ۱۳ ص ۳۱۱ الباب ۱۰.

۴- ۴) الکافی ج ۷ ص ۴۹ ح ۷،الوسائل ج ۱۳ ص ۳۱۱ الباب ۱۰.

صدقه واجبه بتله حيا أنا أو ميتا ينفق فی کل نفقه يبتغی بها وجه الله الی آخره، و بتله منقطه عن صاحبها.

و فی صحيح محمد بن مسلم و الحلبی (۱)عن أبی عبد الله عليه السلام قالا

سألناه عن صدقه رسول الله(صلی الله عليه و آله و سلم)و صدقه فاطمه عليها السلام قال:صدقتها لبنی هاشم و بنی المطلب». و اللام للملک،و نحوه روايه أبی مريم، و بالجمله فالظاهر أنه لا خلاف فی ضعف القول المذکور،و الله العالم.

## الثانی-أنه علی تقدير الانتقال [إلی من ينتقل؟]

هل ينتقل الی الموقوف عليه أم الی الله سبحانه،أم التفصيل؟أقوال:أشهرها الأول-قال الشيخ فی المبسوط:إذا وقف و قبض زال ملکه عنه علی الصحيح،و ملکه الموقوف عليه،و اختاره ابن إدريس و غيره،و نقل ابن إدريس عن بعضهم أنه ينتقل الی الله،و حکاه الشيخ فی المبسوط عن قوم،و القول بالتفصيل اختيار شيخنا الشهيد الثانی فی المسالک.

استدل للقول الأول،بأنه مال لثبوت أحکام المال فيه و لهذا يضمن بالقيمه، فکان ملکا کأم الولد،و بهذا النحو و ان کان مجملا استدل المحقق فی الشرائع، و أوضحه فی المسالک بأنه مال مملوک لوجود فائده الملک فيه،و هی ضمانه بالمثل و القيمه،و ليس الضمان للواقف و لا لغيره،فيکون للموقوف عليه.

و أورد عليه بأنه ينتقض ذلک ببواری المسجد و الأمه،فإنها تضمن بالقيمه، و ملکها لله تعالی لا للناس.

و احتج القائل بالقول الثانی بأن الوقف ازاله ملک عن العين و المنفعه علی وجه القربه،فانتقل الملک الی الله تعالی کالعتق،و لأنه ممنوع من بيعها فلو ملکها لکان له سبيل إلی إخراجها عنه،لأن

«الناس مسلطون علی أموالهم» (۲). و أجاب فی المختلف بظهور الفرق بين العتق و الوقف،قال:لأن العتق إخراج عن الماليه



---

۱- ۱) الکافی ج ۷ ص ۴۸ ح ۲،الوسائل ج ۱۳ ص ۲۹۴ ح ۸.

۲- ۲) البحار ج ۲ ص ۲۷۲ ح ۷.

بالکلیه،و ازاله التسلط عن العبد بالنسبه الی کل أحد و المنع من البیع، لا یقتضی الخروج عن الملک،کأم الولد.

و أما القول بالتفصیل فاستدل علیه فی المسالک قال:بعد ان اختار القول بالانتقال عن الواقف لکن هذا إنما یتم فی الموقوف علیه المعین المنحصر،أما لو کان علی جهه عامه أو مسجد أو نحوه فالأقوی أن الملک فیه لله تعالی لتساوی نسبه کل واحد من المستحقین إلیه،و استحاله ملک کل واحد،أو واحد معین، أو غیر معین للإجماع،و استحاله الترجیح،و لا المجموع من حیث هو مجموع، لاختصاص الحاضر به،انتهی.

أقول:لا یخفی علی من راجع الاخبار و قطع النظر عن کلامهم فان المستفاد منها أنه متی کان الموقوف علیه موجودا منحصرا فإنه ینتقل الملک إلیه،و لهذا دلت علی اشتراط قبضه،أو قبض ولیه،لیتم بذلک الملک،و یمتنع الرجوع فیه کما تقدمت الأخبار به،و متی کان الموقوف علیه جهه عامه کالفقراء أو مصلحه کالمساجد فإن غایه ما یفهم منها هو أنه بالوقف یخرج من ملک الواقف،و أما أنه یصیر إلی الله سبحانه أو غیره،فلا دلاله فی شیء من الأخبار علیه،و إنما یدل علی أنه بعد الوقف و خروجه عن ملک الواقف یجب إبقاء العین،و لا یجوز التصرف فیها ببیع و لا هبه و لا میراث و لا نحو ذلک من الأمور الموجبه لإخراجها عما صارت إلیه و صرف حاصلها فی تلک الجهه،أو المصلحه المعینه.

و أما أنه یشترط القبض فیها کما هو المشهور من أن القبض شرط فی صحه الوقف مطلقا،فیجب القبض هنا من القیم الذی ینصبه الواقف،أو الحاکم الشرعی أو غیر ذلک،فلا دلیل علیه فی الأخبار،و مورد القبض فیها إنما هو فیما إذا کان الموقوف علیه موجودا معینا محصورا،علی أن المراد من کونه فی هذه الصوره ملکا لله کما صرح به فی المسالک إنما هو الکنایه عن عدم انتقاله الی أحد من الآدمیین.

ص :۲۲۶

قال:و المراد بکون الملک لله تعالی انفکاک الموقوف عن ملک الآدميين و اختصاصهم،لا کونه مباحا کغيره مما يملکه الله تعالی،انتهی و هو يرجع الی ما ذکرناه.

و فی حديث وقف أمير المؤمنين عليه السلام أمواله (۱)علی جهه الطاعات و القربات و صله الرحم بعد أن جعل الولی القيم بذلک الحسن ثم الحسين عليهما السلام ثم من يختاره الحسين عليه السلام ما صورته

«و أن يشترط علی الذی يجعله إليه ان يجعل المال علی أصوله،و ينفق الثمره حيث يأمره به من سبيل الله،و ذوی الرحم من بنی هاشم و بنی المطلب القريب و البعيد لا يباع منه شیء،و لا يوهب،و لا يورث»الحديث،.

و ليس فيه کما تری أزيد من أنه بعد الوقف يجب إبقاء أصوله علی ما هی،و لا يتصرف فيها بشیء من هذه التصرفات و نحوها،و يصرف الحاصل فی الوجه الذی عينه،و لا دلاله فيه علی الانتقال لأحد،و هو ظاهر فی الرد علی القول المشهور من أنه ينتقل فی هذه الصوره إلی الموقوف عليه،و ليس فی الخبر أيضا علی طوله ما يشعر بأنه أقبضه أحدا،بل ظاهره أنه مده حياته عليه السلام کان فی يده يصرفه فی الوجوه المذکوره،و بعد موته فوض الأمر فيه الی الحسن ثم الی الحسين عليهما السلام ثم من ذکره فی الخبر،و لو کان القبض فی هذه الصوره شرطا فی صحه الوقف لوقعت الإشاره إليه فی الخبر،و احتمال أنه قبضه بالولايه العامه و ان أمکن،إلا أن الظاهر بعده،إذ هو فرع وجود الدليل علی اشتراط القبض فی هذه الصوره و نحوها،و قد عرفت أنه لا دليل علی ذلک فيها سوی الصوره المتقدمه.

## فروع:

### الأول [کيفيه إثبات الوقف] :

قال فی المختلف:ان قلنا بأن الوقف ينتقل الی الموقوف عليه ثبت بشاهد و يمين،لأن المقصود منه المال،و ان قلنا انه ينتقل الی الله تعالی لم يثبت



---

۱- ۱) الکافی ج ۷ ص ۴۹ ح ۷،الوسائل ج ۱۳ ص ۳۱۲ ح ۴.

بالشاهد و اليمين،كالعبد لو ادعى العتق و يحتمل عندى ثبوته بالشاهد و اليمين، و ان لم ينتقل إليه،لأنه يحلف لتحصيل غلته و منفعته،فلما كان المقصود من الوقف المنفعه،و هى مال يثبت بالشاهد و اليمين،بخلاف حريه العبد،لان المقصود منها تكميل الأحكام،انتهى.

أقول:ما ذكره جيد فيما إذا كان الموقوف عليه معينا محصورا،أما لو كان الموقوف عليه الجهه أو المصلحه كما هو مقتضى القول بالتفصيل الذى شرحناه، فإشكال لما عرفت من أن غله الوقف هنا لا مالك لها معينا،ليقيم الشاهد،و يحلف معه،سيما إذا كان الوقف لمسجد و نحوه،و القيم لا تعلق له بذلك الا من حيث صرف الغله و حفظ الأصول و نحو ذلك،و لأنه غير مالك للغله،إذ هو غير داخل فى الموقوف عليه،و الله العالم.

**الثانى [عدم صحه إعتاق العبد الموقوف عليه] :**

قالوا:لو أعتق العبد الموقوف عليه لم يصح،لتعلق حق البطون به قيل:فى توجيهه لما كان الحكم بانتقال الملك الى الموقوف عليه ربما أوهم جواز تصرفه فى العين بالعتق و غيره،و الأمر ليس كذلك،نبهوا على منعه أيضا، و عللوا بأنه و ان كان مالكا الا أن الحق غير منحصر فيه،بل مشتركا بينه و بين ما بعده من البطون،و ان لم تكن موجوده بالفعل،فتصرفه فيه بالعتق يبطل حقهم.

أقول:لا يخفى أن الأخبار قد تكاثرت بأن الوقف لا يباع و لا يوهب و لا يورث بعد أنه عقد صيغه الوقف،و الانتقال عن الواقف يجب إبقاؤه على حاله،لا يتصرف فيه بما يوجب النقل بأى وجه كان،و هذه الألفاظ إنما خرجت مخرج التمثيل، و المراد إنما هو ما ذكرناه كما يشير اليه قول أمير المؤمنين عليه السلام فيما تقدم قريبا«و أن يجعل المال على أصوله،و ينفق الثمره حيث أمره،الى أن قال:لا يباع منه شىء و لا يوهب،و لا يورث و فى آخر لاتباع و لا تورث،و لا توهب،فمن باعها أو وهبها فعليه لعنه الله و الملائكه و الناس أجمعين».

و فى ثالث لاتباع و لا توهب حتى يرثها وارث السموات و الأرض.

و فی رابع حتی یرثها الله الذی یرث السموات و الأرض»و المراد بجعل المال علی أصوله یعنی جعله علی الوجه الذی عینه الواقف من کونه لا یتصرف فیه بشیء من الوجوه الناقله،الی أن یرثه وارث السموات و الأرض،و لا ریب أن العتق تصرف ناقل،و مخرج عما عینه الواقف،سواء کان الوقف-بعد الموقوف علیه- راجعا الی البطون أو أحد الجهات العامه و المصالح،و به یظهر ما فی العباره المتقدمه من الحزازه،

**الثالث [فی وقف أحد الشریکین حصته من العبد و إعتاق الآخر] :**

لو کان العبد مشترکا بین اثنین بالمناصفه،فوقف أحدهما نصفه،ثم أعتق الآخر نصفه فهل یسری علیه و یعتق أجمع،أم لا؟قالوا:یبنی علی أن الملک فی الوقف هل بقی للواقف،أم انتقل الی الله تعالی،أم إلی الموقوف علیه؟فعلی الأولین لا سرایه لأنه علی تقدیر عدم انتقاله عن الواقف فی معنی إعتاقه، و هو ممتنع أیضا لما یستلزم من إبطال حق الموقوف علیه،و علی تقدیر انتقاله الی الله تعالی یکون فی معنی التحریر الذی لا یقبل التحریر ثانیا.

و أما علی تقدیر انتقاله الی الموقوف علیه فان الأکثر علی عدم السرایه أیضا،قیل:بل کاد أن یکون إجماعا،و علل بأن العتق لا ینفذ فی الحصه الموقوفه مباشره،کما تقدم،فبالأولی أن لا ینفذ فیها سرایه.

و قیل:بالسرایه و الفرق بین المباشره و السرایه بما هو مذکور فی کلامهم، و لهم فی المقام کلام لا فائده فی التعرض لذکره،فإنه لا یخفی علی من لا حظ أخبارهم علیهم السلام فی المقام،أن جمیع ما أطالوا به من الکلام و النقض و الإبرام کله نفخ فی غیر ضرام لأنها قد صرحت کما تقدم ذکره بأنه بعد عقد الوقف الجامع لشرائط الصحه یجب إبقاء العین الموقوفه،بمعنی أنه لا یتصرف فیها بنقل،و انما المتصرف فی حاصلها بصرفه علی من وقف علیه من بطون أو جهه أو مصلحه،و أنه یجب إبقاء العین علی الوجه المذکور الی أن یرثها الله تعالی وارث السموات و الأرض،و هو

کنایه الی التأبید إلی یوم القیمه،و هو معنی

الخبر النبوی (۱)

«حبس الأصل و سبل الثمره». و لا ـ معنی لحبسه إلا ـ عدم التصرف فیه بوجه ناقل عما هو علیه بعد الوقف،و نحوه قول أمیر المؤمنین علیه السلام المتقدم،و یجعل المال علی أصوله و ینفق الثمره»و بذلک یظهر لک أن هذا الخلاف و التفریع علی ما ذکروه من تلک الأقوال التی قد عرفت خروج أکثرها عن جاده الاعتدال کله تطویل بغیر طائل و الله العالم.

#### الرابع [فی بیان من یجب علیه نفقه العبد الموقوف] :

قالوا:مما یتفرع علی الخلاف المتقدم نفقه العبد الموقوف،فان جعلناه للموقوف علیه،کما هو أحد الأقوال،ففی نفقته وجهان:بل قولان:

أحدهما للشیخ فی المبسوط،و هو أنها فی کسبه،لأن نفقته من شروط بقائه،کعماره العقار و هی مقدمه علی حق الموقوف علیه،و لأن الغرض بالوقف انتفاع الموقوف علیه،و هو موقوف علی بقاء عینه،و انما یبقی بالنفقه فیصر کأن قد شرطها من کسبه.

و الثانی-و الظاهر أنه الأقرب و قواه فی المسالک و هو اختیار العلامه فی المختلف و غیره أیضا،وجوب النفقه علی الموقوف علیه،لأنه ملکه،و النفقه تابعه للملک.

أقول:و یؤیده أن منافعه مستحقه للموقوف علیه بالوقف،و ربما أوجب سعیه فی کسب النفقه و تحصیلها تفویت المنافع المذکوره،فلا ـ ثمره للوقف حینئذ و ما تقدم من الاستدلال علی کونها فی کسبه بأن النفقه من شروط بقائه مسلم، و لکن لا یستلزم ذلک أن یکون من کسبه،بل الواجب علی الموقوف علیه ذلک للغرض المذکور.

و ان قلنا بکونه لله عز و جل فإنهم بنوه علی أن نفقه مستحق المنافع کالأجیر الخاص و الموصی بخدمته علی مستحقها،أم لا؟فان جعلناها علیه،فهی هنا علی الموقوف علیه أیضا،و إلا ففی کسبه،فان تعذر ففی بیت المال،و ان قلنا بکونه للواقف فإشکال.



---

۱- ۱) المستدرک ج ۲ ص ۵۱۱ الباب ۲ ح ۱.

قال فی المسالک:و علی القول بکون المالک هو الواقف،فالنفقه علی الموقوف علیه علی الأول،و علی الواقف علی الثانی،انتهی.

و هو غیر ظاهر المراد،و لعل ذلک لغلط فی العباره المذکوره و بالجمله حیث کانت المسئله خالیه من النص فللتوقف فیها مجال،إلا أنه یمکن الکلام فی ذلک جریا علی قواعدهم بأن یقال:انک قد عرفت آنفا أن الأظهر هو انتقال الوقف الی الموقوف علیه ان کان معینا،و ان کان جهه أو مصلحه فهو غیر مملوک لأحد،و هو الذی عبروا عنه بأنه ملک لله سبحانه،و علی الأول فإن مقتضی القول بالملک وجوب النفقه علی المالک کما هو أحد القولین المتقدمین،و أشهرهما و أظهرهما.

و علی الثانی فإن الظاهر أن النفقه تکون فی کسبه مقدمه علی حق الموقوف علیه،فان قصر کسبه ففی بیت المال ان کان،و إلا وجبت کفایه علی المکلفین کغیره من المضطرین،و أما البناء علی أن نفقته علی مستحق المنافع کما تقدم،فالظاهر بعده،لان مستحق المنافع قد لا یکون له مال،من أجل ذلک کان أحد الأقوال فیه أن نفقته علی نفسه،و لیست علی المستأجر کما تقدم تحقیق القول فیه فی کتاب الإجاره علی أن البناء علی نقل ذلک لا یخرج عن القیاس الخارج عن أصول الشریعه.

و لو مات العبد فمؤنه تجهیزه کنفقته حال حیاته،و لو کان الوقف عقارا فإنهم صرحوا بأن نفقته حیث شرط الواقف،فان انتفی الشرط ففی غلته مقدمه علی الحق الموقوف علیه،فان قصرت لم یجب الإکمال.

أقول:و یدل علی الإخراج من الغله مقدما علی حق الموقوف علیه

قول الکاظم علیه السلام (1)فی حدیث وقف أرضه المتقدم ذکره،

«یقسم و إلیها ما أخرج الله من غلتها بعد الذی یکفیها من عمارتها،و مرافقها بین ولد موسی الی آخره». و لو عدمت الغله لخراب الوقف و اضمحلاله لم تجب عمارته،بخلاف الحیوان لوجوب صیانه روحه.



---

۱- ۱) الکافی ج ۷ ص ۵۳ ح ۸،الوسائل ج ۱۳ ص ۳۱۴ ح ۵.

و لو صار العبد الموقوف مقعدا أو عمی أو جذم انعتق،و بطل الوقف و سقطت عنه الخدمه،و قضیه ذلک سقوط النفقه عن مولاه،لأن وجوب النفقه علیه من حیث أنه مملوک له،و الآن قد صار حرا،و علی هذا فنفقته مع عدم وجود باذل من الواجبات الکفائیه علی المسلمین کغیره من المضطرین،و الموقوف علیه من الجمله،فالوجوب شامل له،و ان تغایر الوجه و الله العالم.

## المسئله الثانیه [فی جنایه العبد الموقوف علی غیره] :

### اشاره

لو جنی العبد الموقوف علی غیره عمدا أو خطأ أو جنی علیه فهنا مقامات ثلاثه

### الأول-أن یجنی عمدا

و لا خلاف فی أنه یلزمه القصاص و ان استلزم إبطال الوقف عمدا،بما دل علی وجوب القصاص من الجانی.

قال فی المسالک:و هو موضع وفاق،ثم انه ان کانت الجنایه دون النفس قالوا:یبقی الباقی وقفا لوجود المقتضی،فإن الوقف لا یبطل بتلف بعض الموقوف و هو ظاهر لا اشکال فیه و لا خلاف،و ان کانت الجنایه النفس،فان اختار الولی القصاص کان ذلک له،و لا ـ إشکال أیضا،و ان اختار الولی الاسترقاق الذی هو أحد فردی الحقین المخیر فیهما الولی فیما إذا کان الجانی عمدا عبدا،فهل له ذلک أم لا؟ قولان:فقیل:بالأول،لأن المجنی علیه له إبطال الوقف و إخراجه عن ملک الموقوف علیه بالقتل قطعا،و العفو عنه أمر مطلوب شرعا،و راجح قطعا،و فی استرقاقه جمع بین حق المجنی علیه،و فضیله العفو،فیکون أولی من القتل،و الی هذا القول مال فی المسالک فقال:انه الأقوی.

و قیل:بالثانی و به جزم المحقق فی الشرائع و العلامه فی الإرشاد و التحریر و فی القواعد بعد أن أفتی بذلک قال:علی اشکال،و علل القول المذکور بأن الوقف یقتضی التأبید ما دامت العین باقیه،و هو ینافی استرقاقه،لاستلزام بطلان الوقف مع بقاء عینه و خروجه عن الوقف فی بعض الموارد لدلیل خارج،لا یقتضی التعدی بحیث لا دلیل.

أقول:و من تعارض هذین التعلیلین استشکل فی القواعد،إلا أن شیخنا الشهید الثانی فی المسالک حیث اختار القول الأول أجاب عن هذا التعلیل،بأن

التأبید الواجب فی الوقف إنما هو من حیث لا یطرء علیه ما ینافیه،و هو موجود هنا فیما هو أقوی من الاسترقاق،انتهی.

و بالجمله فالمسئله لخلوها من النص محل اشکال،لما عرفت من عدم الرکون الی أمثال هذه التعلیلات،فی تأسیس الأحکام الشرعیه،فکیف مع تعارضها،الا أنه یمکن أن یؤید ما ذکره شیخنا المتقدم بإطلاق الأخبار الوارده فی المسئله.

و منها ما رواه

فی الکافی و التهذیب عن أبان بن تغلب (۱)عمن رواه عن أبی عبد الله علیه السلام قال:

«إذا قتل العبد الحر دفع الی أولیاء المقتول،فان شاؤا قتلوه، و ان شاؤا حبسوه،و ان شاؤا استرقوه یکون عبدا لهم». و بهذا المضمون أخبار آخر هی المستند فی أصل المسئله،و التقریب فیها هو أن العبد المذکور فی هذه الأخبار شامل للموقوف و المطلق،فإنه بالوقفیه لم یخرج عن العبودیه،و قد دلت علی أن الحکم فی العبد القاتل عمدا التخییر بین القتل و الاسترقاق.

نعم ظاهر کلامهم یدعون الخروج عما دلت علیه هذه الأخبار بالنسبه إلی جواز اختیار الاسترقاق بالمعارضه،بأن الوقف یقتضی التأبید ما دامت العین موجوده،فلا یجوز الاسترقاق و إلا للزم بطلان الوقف مع بقاء عینه،و غایه ما یلزم من هذه المعارضه،أنه قد تعارض هنا عموم الأخبار الداله علی جواز استرقاق العبد القاتل عمدا أعم من أن یکون وقفا أو طلقا،و عموم الأخبار الداله علی أن الوقف یقتضی التأبید ما دام الموقوف موجودا أعم من أن یکون عبدا قاتلا أو غیره،و تخصیص أحد العمومین بالآخر یحتاج الی دلیل،فمن أین یرجح ما ادعوه من تخصیص العموم الأول بالثانی دون العکس،بل یمکن ترجیح العکس،باتفاقهم علی الخروج عن العموم الثانی باختیار جواز القتل لهذه الأخبار،و هی کما دلت علی ذلک دلت علی جواز اختیار الاسترقاق،فالواجب تخصیص العموم الثانی بالأول،و الله العالم.



---

۱- ۱) الکافی ج ۷ ص ۳۰۴ ح ۶،التهذیب ج ۱۰ ص ۱۹۴ ح ۶۳،الوسائل ج ۱۹ ص ۷۳ ح ۲.

### الثانی-أن تکون الجنایه خطأ

و قد اختلف کلامهم فی هذا المقام فقال الشیخ و جماعه:بأنها تتعلق بمال الموقوف علیه،لتعذر استیفائها من رقبته،إذ لا یتعلق الأرش إلا برقبه من یباع،و البیع هنا ممتنع من حیث الوقف،و حق الموقوف علیه،فالواجب علیه أن یفدیه بالأرش.

قال فی المبسوط:إذا جنی العبد الموقوف جنایه توجب المال لم یتعلق إلا برقبه من یباع فیه،فأما رقبه من لا یباع فالأرش لا یتعلق بها،إذا ثبت هذا فمن قال:أن الملک ینتقل الیه،فهو فی ماله،و من قال:ینتقل الی الله قیل:

من مال الواقف،لأنه الذی منع الرقبه من تعلق الأرش بها،و قیل:یکون فی بیت المال کالحر،انتهی.

و ذهب المحقق فی الشرائع إلی أنه یتعلق بکسبه،قال:لأن المولی لا یعقل عبدا،و لا یجوز إهدار الجنایه،و لا طریق إلی عتقه،فیتوقع،و بهذا القول صرح العلامه فی التحریر و المختلف.

قال فی المسالک:و هو الأقوی،و هو اختیار الشهید فی الدروس،معللا بما ذکره المحقق بأن کسبه أقرب الأشیاء الی رقبته،فإذا تعذر تعلقه برقبته تعلق بما هو أقرب إلیه،و احتمل فی المختلف تعلقها برقبته،فیباع فیها کما یقتل فی العمد،و البیع أدون من القتل،و هذا کله مبنی علی انتقال الملک الی الموقوف علیه.

أما علی القول بانتقاله الی الله،أو القول ببقائه علی ملک الواقف کما تقدم نقله عن أبی الصلاح و بعض العامه،فإنهم قالوا:یحتمل تعلق أرش الجنایه بالوقف،لأنه بوقفه منع من تعلق الأرش برقبته،و یحتمل أن تکون فی بیت المال کالحر المعسر.

أقول:قد عرفت من کلام الشیخ المتقدم أنه حکی هذین الاحتمالین قولین فی المسئله،و زاد بعضهم علی هذا التقدیر احتمال التعلق بکسبه أیضا،و الظاهر

أن احتمال تعلقها ببيت المال أو الكسب إنما هو بناء على القول بالانتقال الى الله، و إلا فعلى القول بالبقاء على ملك الواقف،فالمناسب هو كون ذلك على الواقف، للتعليل المتقدم،ثم انه على تقدير القول بتعلقها بكسبه فلو لم يكن كسوبا قال فی المسالك:اتجه تعلق الجنايه برقبته،و جواز بيعه كما يقتل فی العمد،و البيع أدون من القتل.

أقول:قد تقدم فی كلام العلامه احتمال التعلق بالرقبه،و جواز البيع مطلقا،و من هنا أورد الشهيد(رحمه الله عليه)فی شرح الإرشاد،و على عباره الشيخ المتقدم الداله على تعذر استيفاء الجنايه من رقبته،لعدم صحه بيعه،بأن هذا إنما يتم لو لم يكن على منحصر،و كان المنحصر موسرا،و قد تلخص من ذلك احتمال التعلق بالرقبه مطلقا و مع العجز عن الكسب،و مع كون الموقوف عليه منحصرا معسرا،هذا حاصل كلامهم فی المقام،و المسئله محل توقف و اشكال، و الله العالم.

### الثالث [فی الجنايه على العبد الموقوف]

#### اشاره

-لو جنی عليه فان كانت جنايه توجب القصاص كأن يقتله عبد مثله، فظاهر كلامهم تفريع ذلك على الخلاف المتقدم،فان قلنا بأن الملك ينتقل الى الموقوف عليه،فإنه يصير القصاص اليه كما لو كان المقتول عبده،و لو قلنا بانتقاله الى الله تعالى مطلقا أو على التفصيل المتقدم،فإنه يكون ذلك الى الحاكم الشرعی، لأنه ولی هذه المصالح المتعلقه به سبحانه،و لو قلنا ببقائه على ملك الواقف كان حق القصاص إليه،و قد عرفت فيما تقدم أن الأصح هو التفصيل،بأنه ان كان الموقوف عليه منحصرا،فإنه للموقوف عليه،و ان كان على جهه عامه أو مصلحه عامه فإنه لله سبحانه،و على هذا يترتب القصاص هنا،فيقال:بكونه للموقوف عليه على الأول و الحاكم على الثانی،و أما إذا أوجب القتل الديه كأن يقتل خطأ أو أخذت صلحا أو يكون القاتل حرا،أو فيه شیء من الحريه،أو أوجبت الجنايه أرشا كقطع يده مثلا،و ملخصه أن تكون الجنايه موجبه للمال،فهل يكون ذلك

للموجودين من الموقوف عليهم وقت الجنايه،أو أنه يشترى به عبد أو بعض عبد يكون وقفا؟قولان.

قال فى المبسوط:لو جنى على العبد الموقوف عليه،و وجبت قيمته،قال قوم:يشترى بها عبد آخر يقوم مقامه،سواء قيل:انتقل ملكه الى الله،أو إليه، لأن حق البطون الأخر تعلق برقبه العبد،فإذا مات أقيم غيرها بقيمتها مقامها، و فيهم من قال:انتقل القيمه إليه،و هو الأقوى،لأنا قد بينا أن ملكه له، و الوقف لم يتناول القيمه،و الأول قول من قال:ينتقل الى الله،انتهى.

و ظاهره أنه على تقدير القول بانتقال الملك الى الموقوف عليه كما هو مذهبه فإنه يصير المال اليه،و على تقدير القول بأنه ينتقل الى الله،فإنه يشترى به عبد آخر يقوم مقامه،و يكون وقفا.

و قال العلامه فى المختلف:و المعتمد اقامه غيره مقامه،لعدم اختصاص البطن الأول بملكه،و لهذا يملك البطن الثانى عن الواقف عن البطن الأول، و الوقف ان لم يتناول القيمه لكنها بدل عن العين،انتهى.

و هو صريح فى اختيار القول الثانى،كما أن كلام الشيخ صريح فى اختيار الأول،و هو اختيار المحقق فى الشرائع أيضا،و العلامه فى التحرير،و جعل الثانى احتمالا،و ظاهر الشهيد فى الدروس،و شرح الإرشاد التوقف فى المسئله، حيث اقتصر على نقل القولين،و لم يرجح شيئا منهما فى البين،و هو فى محله.

و توضيح أدله القولين زياده على ما تقدم،أما القول الأول فلأن الديه عوض رقبته،و الرقبه ليست ملكا تاما للموجودين،بل للبطون اللاحقه منها حق و ان لم يكن بالفعل،لكنه بالقوه القريبه منه،لحصول السبب و المعدات للملك، و لم يتخلف منها سوى وجودهم،و حينئذ فلا سبيل إلى إبطال حقهم،فيجب أن يشترى به عبدا،و بعض عبد يكون وقفا،إبقاء للوقف بحسب الإمكان،و صيانه له عن الابطال،و توصلا الى غرض الواقف،و لأن الوقف تابع لبقاء الماليه،و لهذا

يجب الشراء بقيمته-حيث يجوز بيعه-يكون وقفا.

و أما الثانى فوجهه أن الوقف ابتداء متعلق بالعين،لأن موضوعه العين الشخصيه لا غير و قد بطلت بإتلافه،فامتنع أن يكون لمن سيوجد من البطون فيه حق،لأنهم حال الحياه غير مستحقين،و وقت صيرورتهم مستحقين قد خرج التالف عن كونه وقفا،هكذا قرره فى المسالک.

ثم أنه أورد على الدليل الثانى حيث أنه اختار القول الأول ما لفظه:

و يضعف بأن القيمه بدل عن العين،فيملكها على حد ما يملكها،و يتعلق بها حق من يتعلق حقه بها و الوقف و ان لم يتناول القيمه مطابقه،لكنه يتناولها اقتضاء، من حيث أنها قائمه مقام العين،و لأن الوقف أقوى من حق الرهن،و هو يتعلق بالقيمه،و الوقف أقوى،و حينئذ فالأقوى الأول.

أقول:لو صح بناء الأحكام الشرعيه على مثل هذه التعليلات العقليه،لاتجه قوه ما قواه(قدس سره)سيما أنه الأوفق بالاحتياط المطلوب فى أمثال هذه المقامات الخاليه من النصوص،إلا أنك قد عرفت ما فيه فى غير مقام مما تقدم.

**[تنبيهات]**

**اشاره**

بقى فى المقام فوائد يحسن التنبيه عليها:

**الاولى [الخلاف فى الديه خاصه أم يعم الأرش؟] :**

ظاهر الأكثر أن محل الخلاف ما قدمنا ذكره من الجنايه الموجبه للمال ديه أو غيرها،و الظاهر من كلام المحقق فى الشرائع أن محل الخلاف الديه خاصه،و أما ما كان أرشا فإنه للموجودين من غير خلاف،و مقتضى الدليل المتقدم يؤيد ما ذكره الأكثر.

**الثانيه:أنه على تقدير شراء عبد أو بعض عبد يكون وقفا،فمن الذى يتولى ذلک؟**

قال شيخنا الشهيد فى شرح الإرشاد:و الأجود تفويضه الى الناظر الخاص،فان تعذر فالناظر العام،و ان تعذر فالموقوف عليه،قضيه للشرط فى النظر عموم حكم الحاكم على البطون،و أولويه الموقوف عليه،و فى المسالک

أنه يبنى على الخلاف المتقدم،فان حكمنا بالملك للموقوف عليه،فان حق الشراء راجع إليه،لأنه المالك لذلك،و البطون اللاحقه تابعه لهم و يحتمل الحاكم نظرا الى حق البطون اللاحقه،و أن للحاكم حق الولايه عليهم دون البطون المتقدمه و ان حكمنا بكونه لله سبحانه فللحاكم لا غير،و ان حكمنا للواقف فالوجهان الأولان.

أقول:و لو تعذر الحاكم فالظاهر قيام عدول المؤمنين بذلك،كما فى غير هذا الموضع من الأمور الحسبيه،و قيل:بتقديم الموقوف عليه،و الأظهر الأول.

**الثالثه:انه هل يصير وقفا بمجرد الشراء أم يفتقر إلى الصيغه؟**

قال فى المسالك:كل محتمل،و ان كان الأول أقوى،لأنه بالشراء يصير بدلا عن العين كالرهن و على الثانى يباشره من يباشر الشراء أقول:و بالأول صرح شيخنا الشهيد (رحمه الله عليه)فى الإرشاد.

**الرابعه [لو لم تف القيمه بعبد كامل] :**

قال فى المسالك:لو لم تف القيمه بعبد كامل اشترى شقص بها امتثالا للأمر بحسب الإمكان،و لو فضل منه فضل عن قيمه عبد اشترى معه و لو شقص آخر.

أقول:قوله امتثالا-للأمر بحسب الإمكان لا أعرف له معنى فى هذا المكان، إذ لا نص كما عرفت،إلا أن يكون المراد بناء على ما يدعونه قصد الواقف.

**الخامسه [وجوب كون البدل من جنس الموقوف] :**

قال شيخنا الشهيد فى شرح الإرشاد:و الأقرب أن البدل يجب كونه من جنس الموقوف،لأنه أقرب الى الوقف،و كلام المصنف هنا يشمل الجنس و غيره،و حينئذ تجب المساواه فى الذكوره و الأنوثه،و ان أمكن المساواه فى باقى الصفات أو معظمها فهو أولى،و لو قيل:فى القيمى بضمانه بالمثل و أمكن له مثل،كان هو الوقف،و استغنى عن الشراء،و ان قيل:بالقيمه و أتى بعبد بالصفات أمكن وجوب قبوله،لأن غايه القيمه صرفها فى مثله،انتهى.

**السادسه:هل للموقوف عليهم العفو عن القصاص أو عن الأرش أو الديه؟**

قال فی المسالک:یبنی علی أن البطون اللاحقه هل تشارکهم فیه أم لا؟فعلی الأول لیس لهم العفو،و علی الثانی لهم،لانحصار الحق فیهم.

### السابعه [ما لو عفی بعضهم] :

قال:فی المسالک:علی تقدیر المشارکه لو عفی الأول فللثانی أن یستوفی،لوجود سبب الاستحقاق من حین الجنایه و ان لم یثبت بالفعل،مع احتمال العدم،لتجدد استحقاقهم بعد سقوط الحق بالعفو،و علی تقدیر جواز استیفاء الثانی هل له القصاص کالأول ان کانت الجنایه توجبه أم یختص بالدیه؟وجهان:من مساواته للأول فی الاستحقاق،و من تغلیب جانب العفو بحصوله من الأول،و الأقوی الأول.

أقول:لا یخفی أن قضیه المشارکه-و ان کان أخذ حق أحد الشریکین موقوفا علی وجوده-هو أن حکم الثانی کالأول فی کل من الأمرین المذکورین،قوله فی الاحتمال المذکور«لتجدد استحقاقهم بعد سقوط الحق بالعفو»مدفوع بأن الساقط انما هو حق أولئک العافین،لا حق هؤلاء المتأخرین و نحوه قوله فی الثانی لتغلیب جانب العفو بحصوله من الأول،فإن الحاصل من الأول انما هو بالنسبه إلیه،لا الی شریکه،و هو ظاهر و الله العالم.

### المسئله الثالثه [فی انصراف الوقف علی سبیل الله إلی ما یکون وصله إلی الثواب] :

المشهور بین الأصحاب(رضوان الله علیهم)أنه إذا وقف فی سبیل الله انصرف الی کل ما یکون وصله الی الثواب،لأن السبیل بمعنی الطریق فیکون المراد کلما یکون طریقا الی حصول الثواب منه سبحانه،و یکون وسیله إلی رضوانه،و کذا لو قال:فی سبیل الله و سبیل الثواب و سبیل الخیر،فان مرجع الثلاثه إلی أمر واحد،و هو سبیل الله بالمعنی المتقدم.

و خالف الشیخ فی أحد قولیه فی الموضعین،فقال.فی الأول ان سبیل الله الغزاه المقطوعه،دون العسکر المقاتل علی باب السلطان،و الحج و العمره یقسم أثلاثا فخص السبیل بهذه الثلاثه،و عن ابن حمزه أن سبیل الله،المجاهدون.

و قال فی الثانی:بقسمته أثلاثا فثلث للغزاه و الحج و العمره،و هو سبیل الله، و ثلث الی الفقراء و المساکین،و یبدأ بأقاربه،و هو سبیل الثواب،و ثلث إلی خمسه

أصناف من الذين ذكرهم الله فى آيه الصدقه،و هم الفقراء،و المساكين،و ابن السبيل،و الغارمون،و الرقاب،و لا يخلو من تحكم،فإنا لم نقف له على دليل على هذا التفصيل.

أقول:و قد تقدم فى كتاب الزكاه (۱)فى معنى سبيل الله فمما تدل على القول المشهور

روايه على بن إبراهيم (۲)فى تفسيره عن العالم عليه السلام قال:

و فى سبيل الله قوم يخرجون الى الجهاد،و ليس عندهم ما يتقوون به،أو قوم مؤمنون ليس عندهم ما يحجون به،أو فى جميع سبيل الخير،فعلى الامام أن يعطيهم من مال الصدقات حتى يقووا على الحج و الجهاد،. و أشرنا ثمه أيضا الى ان الظاهر من بعض الروايات أن تفسير السبيل بالجهاد،انما كان تقيه،حيث أن مذهب العامه ذلك،و الله العالم.

### المسئله الرابعه:إذا وقف على مواليه

،فان انحصرت الموالى فى الأعلى أو الأسفل فلا اشكال،و المراد بالأعلى هم المعتقون له،بأن باشروا العتق أو انتهى إليهم ولايه العتق،و الأسفل هم من أعتقهم بعد عتقه كذلك،فان اجتمعوا فان كانت ثمه قرينه تدل على إراده أحد الصنفين أو كليهما فلا إشكال أيضا،و ان انتفت القرائن وجب الرجوع إليه فى تفسير ذلك و ما أراد به،فان تعذر الرجوع اليه أو أخبر بأنه لم يقصد شيئا بخصوصه،و انما بنى على مدلول اللفظ،فهل يبطل الوقف أو يصح و يصرف إليهما أو إلى أحدهما أو يفرق بين المفرد و الجمع؟أقوال.

فنقل عن الشيخ فى المبسوط و الخلاف القول بالصحه،قال فى الخلاف:

إذا وقف على مولاه،و له موليان مولى من فوق،و مولى من أسفل،و لم يبين انصرف إليهما،لأن الاسم يتناولهما،فيجب صرفه إليهما،كما لو أطلق الوقف على الاخوه انصرف إليهم و ان كانوا متفرقين،و ليس ذلك بمجهول،كما أن الوقف



---

۱- ۱) ج ۱۲ ص ۱۹۹.

۲- ۲) تفسير القمى ج ۱ ص ۲۹۸،الوسائل ج ۶ ص ۱۴۵ ح ۷.

على الأخوه ليس بمجهول،و بذلك قال ابن إدريس أيضا،معللا بتناول الاسم، إلا أن الشيخ فرضه فى المفرد،و ابن إدريس فرضه فى الجمع و نحوه المحقق فى الشرائع،فإنه تبع الشيخ فى الحكم بالصحه،الا أنه فرضه فى الجمع.

و قال ابن حمزه:إذا وقف على مولاه اختص بمولى نفسه،دون مولى أبيه و بمولاه الذى أعتقه،دون مولى نعمته،إلا إذا لم يكن له مولى عتق،و كان له مولا نعمه،و إن قال:على موالى دخل فيه مولى العتاقه،و مولى النعمه.

و قال فى المختلف بعد نقل هذه الأقوال:و الوجه أن نقول:ان عرف بقرينه حاليه أو مقاليه قصده فيهما حمل لفظه عليه،عملا بالقرينه،و ان انتفت القرائن فإن كان اللفظ مفردا ليس بجمع بطل الوقف،و ان كان جمعا و قلنا بجواز اراده معنى المشترك من لفظ الجمع حمل عليهما،و ان قلنا إن حكمه حكم الواحد بطل،لنا أنا قد بينا فى أصول الفقه أنه لا تجوز اراده معنى المشترك منه بلفظ واحد و لا شك أن لفظه مولى من الألفاظ المشتركه بين المعالى المتضاده،و هى المعتق و المعتق،و قول الشيخ أن الاسم يتناولهما،قلنا:ان أراد ذلك على سبيل الجمع،فهو ممنوع لأن الواضع لم يضعه لكلا المعنيين،فيكون استعماله فيهما استعمالا للفظ فى غير موضوعه و القياس على الاخوه ضعيف،لأن الإخوه موضوع لمعنى واحد،يتناول المتقرب بالأبوين و أحدهما على سبيل التواطؤ،بخلاف المولى،و قول ابن إدريس يشعر بمتابعته للشيخ،و قول ابن حمزه فى الجمع جيد،أما فى المفرد فحمله على المعتق ضعيف،و كونه أقوى من المولى من أسفل لأنه يرث لا يخرج اللفظ عن كونه مشتركا،و لا يوجب ترجيحا فى التناول،انتهى.

و ظاهر شيخنا الشهيد(رحمه الله عليه)فى شرح الإرشاد الميل الى ما ذكره العلامه هنا من الفرق بين المفرد و الجمع،و البطلان فى الأول دون الثانى،قال بعد الكلام فى المسئله:و اعلم أن الصحه و تناول الجميع يقوى إذا كان اللفظ بصيغه الجمع،كالمسئله المفروضه،فإن بعض من منع استعمال المشترك المفرد فى كلا معنييه

أجـازه فی الجمـع،و لأـنه یکـون جمعـا مضافـا و هـو للعمـوم،کمـا قرر فی الأـصول، و ان کـان اللفـظ مفردا کمـا لـو وقف علی مولاـه،یقوی البطلاـن،و نصـر شـیخنا المرتضـی عمیـد الـدین الصـحه فی المجموع،و هو ظـاهر المصـنف فی المختلف لأنه لفظ مستغرق لجمیع ما یصلح له،انتهی.

أقول:قـد تقـدم فی مواضع من کتب العبـادات الإشاره الی أن ما اشـتهر بینهم فی الأصول من عـدم جواز اسـتعمال المشترک فی معینه مما یظهر من الأخبار خلافه،و بـذلک اعترف فی الذکری أیضا،و منه تظهر قوه ما ذهب الیه الشـیخ، و کیف کان فالمسـئله لما عرفت محل اشکال،و الله العالم.

### المسئله الخامسه:فی الوقف علی الأولاد

#### اشاره

،و له صور

#### أحدها-الوقف علی أولاد الأولاد

،و الظاهر أنه لا خلاف فی أنه إذا وقف علی أولاد أولاده فإنه یشترک أولاد البنین و البنات ذکورهم و إناثهم من غیر تفصیل.

أما الحکم الأول،فلان إطلاق الولـد شامل للذکور و الإناث بلا اشـکال لقوله سـبحانه (۱)«یُوصِیکُمُ اللّٰهُ فِی أَوْلاٰدِکُمْ لِلذَّکَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنْثَیَیْنِ» و نحوها فیصدق علی أولادهم مطلقا أنهم أولاد أولاد،و ان اختلف فی صدق الأولاد علی أولاد الأولاد،کما سیأتی ذکره ان شاء الله تعالی.

و أمـا الحکم الثانی فلاقتضاء الإطلاق ذلک،و اقتضاء الاشتراک التسویه حتی یقوم الـدلیل علی خلافها،و کما یـدخل الـذکور و الإناث فی لفظ الولـد تـدخل الخناثی أیضا،أما لو کان بلفظ البنین خاصه أو البنات خاصه،و أولادهم،فالظاهر عـدم صـدق ذلک علیهم،و أما لو جمعهما بأن قال:علی البنین و البنات و أولادهم فهل یـدخلون فی ذلک أم لا؟قولان للعلامه فی القواعد و التحریر منشأ الثانی منهما أنهم لیسوا بـذکور و لا إناث،و الأول أنهم لا یخرجون عن الصـنفین فی نفس الأمر،و لهـذا یسـتخرج أحـدهما بالعلامات،و مع فقدها ترث نصف النصیبین.



---

۱- ۱) سوره النساء-الآیه ۱۱.

ورد بأنه لا كلام مع وجود العلامه،و لا دلاله لنصف النصيبين على حصره فيهما،بل يمكن دلالته على عدمه،و جاز أن تكون طبقه ثالثه متوسطه النصيب كما أنها متوسطه الحقيقه.

## الثانيه-ما لو قال:على من انتسب إلى

،قال فى الشرائع لم يدخل أولاد البنات،و قال بعد ذكر العباره هذا هو المشهور،و قد تقدم خلاف المرتضى فى ذلك، فإنه حكم بدخولهم فى الأولاد حقيقه،و هو يقتضى انتسابهم بطريق أولى.

أقول:و نحن قد استوفينا الكلام بما لا يحوم حوله نقض و لا إبرام فى هذا المقام،و أوضحنا ضعف هذه الأوهام فى كتاب الخمس (1)و لكن ربما تعذر على الناظر هنا الرجوع إلى ذلك،فلا علاج ان ارتكبنا مراره التكرار فى بيان ضعف هذا الكلام،دفعا لثقل المراجعه على النظار:

فنقول:أما ما ذكره من أن أولاد البنات لا يدخلون فى النسبه إلى أب الأم،فقد علله العلامه فى المختلف فى كتاب الخمس فى مقام الرد على المرتضى (رضى الله عنه)فقال:لنا أنه إنما يصدق الانتساب حقيقه إذا كان من جهه الأب عرفا،فلا يقال:تميمى إلا إذا انتسب إليهم بالأب،و لا حارثى إلا إذا انتسب الى حارث بالأب،و يؤيده قول الشاعر:

بنونا بنو أبنائنا و بناتنا

بنوهن أبناء الرجال الأباعد

و ما رواه

حماد بن عيسى (2)قال:

«رواه لى بعض أصحابنا عن العبد الصالح أبى الحسن الأول عليه السلام و من كانت أمه من بنى هاشم و أبوه من سائر قريش،فإن الصدقه تحل له،و ليس له من الخمس شىء لأن الله تعالى (3)«يقول اُدْعُوهُمْ لِآبٰائِهِمْ ». و لأنه أحوط،انتهى.



---

۱- ۱) ج ۱۲ ص ۳۹۰ الى ص ۴۱۶.

۲- ۲) أصول الكافى ج ۱ ص ۵۳۹ ح ۴،الوسائل ج ۶ ص ۳۵۸ ح ۸.

۳- ۳) سوره الأحزاب-الايه ۶.

و فیه نظر من وجوه،أحدها-ما ادعاه من أنه لا یصدق الانتساب حقیقه إلا إذا کان من جهه الأب،فإن الأخبار عموما و خصوصا متظافره بخلافه،فمن الأول ما رواه

فی الکافی فی کتاب الروضه و الثقه الجلیل علی بن إبراهیم فی تفسیره عن أبی الجارود (۱)قال:

«قال أبو جعفر علیه السلام:یا أبا الجارود ما یقولون لکم فی الحسن و الحسین علیهما السلام قلت:ینکرون علینا أنهما ابنا رسول الله(صلی الله علیه و آله و سلم)قال:فأی شیء احتججتم علیهم؟قلت:احتججنا علیهم بقول الله تعالی فی عیسی ابن مریم (۲)وَ مِنْ ذُرِّیَّتِهِ دٰاوُدَ وَ سُلَیْمٰانَ »ثم ساق الآیه قال:

فأی شیء قالوا لکم؟قلت:قالوا:قد یکون ولد الابنه من الولد،و لا یکون من الصلب،قال:فأی شیء احتججتم علیهم قلت:بقول الله تعالی لرسوله «فَقُلْ تَعٰالَوْا نَدْعُ أَبْنٰاءَنٰا وَ أَبْنٰاءَکُمْ وَ نِسٰاءَنٰا وَ نِسٰاءَکُمْ» (۳)قال:فأی شیء قالوا؟قلت:

قالوا:قد یکون فی کلام العرب أبناء رجل،و یقول آخر أبناؤنا قال:فقال أبو جعفر علیه السلام:یا أبا الجارود لأعطینکها من کتاب الله عز و جل أنهما من صلب رسول الله(صلی الله علیه و آله و سلم)لا یردها إلا الکافر قلت:فأین ذلک جعلت فداک؟قال:من حیث قال الله عز و جل «حُرِّمَتْ عَلَیْکُمْ أُمَّهٰاتُکُمْ وَ بَنٰاتُکُمْ وَ أَخَوٰاتُکُمْ» (۴)الآیه الی أن انتهی الی قوله«و حلائل أبنائکم الذین من أصلابکم» فسلهم یا أبا الجارود هل کان یحل لرسول الله(صلی الله علیه و آله و سلم)نکاح حلیلتیهما؟فان قالوا:نعم کذبوا و فجروا،و ان قالوا:لا فهما ابناه لصلبه»الحدیث.

أقول:لا یخفی أن تأویل المخالفین للآیتین الأولتین مرجعه الی التجوز، کما یدعیه أصحابنا هنا مع ما فی الخبر من التشنیع الفضیع علی من قال من أصحابنا بالقول المشهور،تبعا للعامه العمیاء فی هذا الباب،نعوذ بالله من طغیان

ص:۲۴۴

---

۱- ۱) الکافی ج ۸ ص ۲۶۳ ح ۵۰۱،تفسیر القمی ج ۱ ص ۲۰۹،الوسائل ج ۱۴ ص ۳۱۶ ح ۱۲.

۲- ۲) سوره الانعام-الآیه ۸۴ و ۸۵.

۳- ۳) سوره آل عمران-الایه ۶۱.

۴- ۴) سوره النساء-الایه ۲۳.

الأقلام،و زيغ الأفهام،و لكن العـذر لهم(رضوان الله عليهم)بقصور التتبع للأخبار، و بمضـمون هذا الخبر أخبار عديده،قد تقدمت فى الكتاب المشار إليه آنفا.

و من الثانى ما رواه

فى الكافى فى باب ما نص الله و رسوله على الأئمه عليهم السلام واحدا فواحد بسند صحيح عن عبد الرحيم بن روح القصير (۱)

«عن أبى جعفر عليه السـلام فى قول الله عز و جل «النَّبِيُّ أَوْلىٰ بِالْمُؤْمِنِينَ مِنْ أَنْفُسِهِمْ» (۲)ثم ساق الحديث الأول على اختصاص الإمامه بهم الى أن قال:فقلت:هل لولد الحسن فيها نصيب، فقال:لا و الله يا عبد الرحيم ما لمحمدى فيها نصيب غيرنا».

و ما رواه

الصدوق فى كتاب معانى الأخبار عن حمزه و محمد ابنى حمران (۳)

«عن أبى عبد الله عليه السـلام فى حديث قال عليه السـلام فيه بعد ذكر حمران لعقيدته فى الإمامه ما صورته:يا حمران مد المطمر بينك و بين العالم،قلت:يا سيدى و ما المطمر؟ قال:أنتم تسمونه خيط البناء فمن خالفك على هذا الأمر فهو زنديق،قلت:

و ان كان علويا فاطميا فقال أبو عبد الله عليه السلام:و ان كان محمديا علويا فاطميا».

و هما كما ترى صـريحان فى صحه النسبه إليه(صلى الله عليه و آله و سلم)، مع أن ذلك انما من جهه الأم،و أن كل من كان من ذريته فى أبناء ابنته،فهو محمدى،و به يظهر أن ما ادعاه(قدس سره)من أنه لا تصح النسبه،و لا يقال:

تميمى و لا حارثى إلا لمن انتسب بالأب كلام شـعرى،لا تعويل عليه،و الظاهر أنه مأخوذ من كلام العامه العمياء المنكرين لكون ابن البنت ابنـا حقيقيـا، للتوصل بـذلك الى الطعن على الأئمه عليهم السـلام كما هو المفهوم من جمله من الأخبار التى ابتنا عليها فى الكتاب المتقدم ذكره.

و من ذلك أيضا ما رواه

فى الكافى فى حديث طويل فى باب ما يفصل به بين



---

۱- ۱) الكافى ج ۱ ص ۲۸۸ ح ۲.

۲- ۲) سوره الأحزاب-الايه ۶.

۳- ۳) معانى الأخبار ص ۲۱۲ ط تهران سنه ۱۳۷۹.

دعوی المحق و المبطل فی الإمامه (۱)«عن أبی جعفر علیه السلام قال:فی آخره الله بیننا و بین من هتک سترنا و جحدنا حقنا و أفشی سرنا و نسبنا الی غیر جدنا»الحدیث.

و ما رواه

العیاشی فی تفسیره و البرقی فی محاسنه (۲)عن أبی عبد الله علیه السلام قال:

و الله لقد نسب الله عیسی بن مریم فی القرآن إلی إبراهیم من قبل النساء، ثم تلا و من ذریته .الآیه.

و ثانیها-أن الاستناد الی هذا البیت،فی مقابله الآیات المتظافره و الروایات المتکاثره الداله علی کون ولد البنت ولدا حقیقیا،مما لا یلتفت الیه،و لا یعول علیه،کما صرح بذلک الشیخ فی الخلاف فی کلامه المتقدم فی المسئله الخامسه من سابق هذا المطلب،و قد فسر معنی البیت المراد منه بأن الشاعر أراد الانتساب بمعنی أن أولاد البنات لا ینسبون إلی أمهم،و إنما ینسبون إلی أبیهم.

و ثالثها-ما ذکره من مرسله حماد،فان فیه أولا أنه بمقتضی اصطلاحهم، فان الخبر ضعیف،لا تقوم به حجه کما ذکروه فی أمثاله.

و ثانیا أنه معارض بالآیات القرآنیه و الأحادیث المتکاثره الداله علی خلافه عموما و خصوصا و من الثانی ما رواه

الشیخ المفید(رحمه الله علیه)فی کتاب الاختصاص (۳)فی حدیث طویل عن الکاظم علیه السلام مع الرشید،و فیه

قال الرشید له علیه السلام لم لا تنهون شیعتکم عن قولهم لکم یا ابن رسول الله،و أنتم ولد علی،و فاطمه إنما هی وعاء،و الولد ینسب إلی الأب لا إلی الأم،فقال علیه السلام بعد أن طلب منه الأمان و آمنه:أعوذ بالله السمیع العلیم،ثم أورد علیه السلام آیه عیسی (۴)علیه السلام،ثم أورد آیه المباهله (۵). و ما رواه

فی کتاب الاحتجاج (۶)عن الکاظم علیه السلام فی حدیث طویل لما



---

۱- ۱) أصول الکافی ج ۱ ص ۳۵۶ ح ۱۶.

۲- ۲) المحاسن ج ۱ ص ۱۵۶ ط تهران ح ۸۸،تفسیر العیاشی ج ۱ ص ۳۶۷ ح ۵۲.

۳- ۳) الاختصاص ص ۵۴ ط إیران سنه ۱۳۷۹.

۴- ۴) سوره الانعام-الایه ۸۴ و ۸۵.

۵- ۵) سوره آل عمران-الایه ۶۱.

۶- ۶) عیون أخبار الرضا ج ۱ ص ۸۳ فی ضمن الحدیث ۹،الاحتجاج ج ۲ ص ۱۶۳.

أدخل على الرشيد و موضع الحاجه منه أنه قال له الرشيد: لم جوزتم للعامه و الخاصه أن ينسبوكم إلى رسول الله(صلى الله عليه و آله و سلم)و يقولون يا ابن رسول الله و إنما ينسب المرء إلى أبيه،و فاطمه،إنما هى وعاء،و النبى(صلى الله عليه و آله و سلم)جدكم من قبل أمكم فقال:يا أمير المؤمنين لو أن النبى(صلى الله عليه و آله و سلم)نشر فخطب إليك كريمتك هل كنت تجيبه؟فقال:سبحان الله و لم لا أجيبه بل أفتخر على العرب و قريش بذلك،فقال:لكنه لا يخطب الى،و لا أزوجه،فقال:و لم فقلت لأنه ولدنى و لم يلدك،فقال:أحسنت يا موسى»،.

و نحوهما غيرهما و التقريب فى هذين الخبرين و نحوهما أن الرشيد لما أنكر عليه نسبتهم عليهم السلام إليه(صلى الله عليه و آله و سلم)بواسطه الأم و انما ينسب المرء إلى أبيه،كما ذكره عليه السلام فى مرسله حماد المذكوره و احتج بقوله (1)«ادْعُوهُمْ لِآبٰائِهِمْ» احتج عليه بالآيات المذكوره،و ما ذكره الرشيد فى هذه الأخبار فى إنكاره عليه هو عين ما ذكره عليه السلام فى مرسله حماد التى استند إليها الخصم،مع أنه عليه السلام فى هذه الأخبار قد رد ذلك بالآيات المذكوره الداله على البنوه حقيقه، و لو كانت البنوه فى هذه المواضع إنما هى على جهه المجاز كما يدعيه العامه و من قال بقولهم من أصحابنا،(سامحهم الله بغفرانه)فكيف يحتاج الى الاستدلال بهذه الآيات،بل كيف يعترض الرشيد و غيره عليهم بهذه التسميه،و باب المجاز واسع، و هو لا يوجب فخرا و لا يخد ذكرا فلو لا أن المخالفين من الرشيد و غيره عالمون بان دعواهم البنوه إنما هو على الحقيقه لما اعترضوا عليهم بذلك،و لما احتاجوا عليهم السلام إلى الاستدلال بهذه الآيات و نحوها،لما عرفت،و هذه الآيات لا تصلح للاستدلال الا بناء على دعوى البنوه الحقيقيه،و هذا بحمد الله ظاهر تمام الظهور لمن اطلع على الأخبار و الآيات الظاهره،كالنور على الطور،و لم يعتر بصر بصيرته قصور و لا فتور.

و أما ما ذكره فى المسالك و مثله غيره من نسبه هذا الخلاف إلى المرتضى



---

۱- ۱) سوره الأحزاب-الايه ۵.

(رضی الله عنه)خاصه فهو عجب و أی عجب،فان هذا القول مذهب جمله من متقدمی الأصحاب،بل ربما کان هو المشهور بینهم کما تقدمت الإشاره إلیه فی المسئله الخامسه من مسائل المطلب المتقدم،و قد ذکرنا فی کتاب الخمس (۱)من ذهب إلی ذلک من علمائنا المتقدمین و المتأخرین،بما ربما یزید علی عدد من صرح بالخلاف المشهور بین المتأخرین،و الله العالم.

## الثالثه-ما لو وقف علی أولاده

،المشهور بینهم أنه یختص بالأولاد لصلبه، دون أولاد الأولاد،إلا أن یکون هناک قرینه تدل علی دخولهم،کقوله الأعلی فالأعلی،أو بطنا بعد بطن،أو یقف علی أولاد فلان،و هو یعلم أن لا ولد له لصلبه، و نحو ذلک،و قیل:یشترک الجمیع إلا مع القرینه،و هو الأظهر،احتج القائلون بالقول الأول بأن المتبادر من الولد هو ما کان لصلب،و لا یفهم منه ولد الولد إلا بالقرینه.

قالوا:و لهذا یصح سلبه عنه،فیقال،لیس ولدی،بل ولد ولدی.

أقول:فیه أن المفهوم من الآیات الکثیره فی باب المیراث،و النکاح،و الأخبار المستفیضه هو أن الولد حقیقه أعم من أن یکون من صلب بلا فاصله أو بفاصله سواء کان الفاصله ذکرا أم أنثی،و قد اعترف بدلاله الآیات علی ذلک فی المسالک فی باب المیراث فی مسئله أن أولاد الأولاد هل یقومون مقام آبائهم فی المیراث؟ فلکل نصیب من یتقرب به،أو یقتسمون اقتسام أولاد الصلب،حیث ذکر أن القول الثانی مذهب المرتضی،و جماعه من الأصحاب،ثم استدل لهم بآیات تحریم حلائل الأبناء،و تحریم بنات الابن و الابنه،و الحجب بهم للأبوین،و الزوجین.

ثم قال:و هذه توجیهات حسنه،الا أن الدلیل قد قام أیضا علی ان أولاد البنات لیسوا أولادا حقیقه لثبوت ذلک فی اللغه و صحه السلب الذی هو علامه المجاز،و فیه أنه مع تسلیم دلاله اللغه علی ما ذکره فعرف الشرع مقدم علی عرف



---

۱- ۱) ج ۱۲ ص ۳۹۱.

اللغه،و هو قد اعترف بدلاله الآيات على ذلك،و مثلها الأخبار كما ستعرفه ان شاء الله تعالى و حينئذ يلتفت الى ما دل عليه كلام أهل اللغه لو كان كما يدعونه و أما الاستناد الى ما ذكروه من صحه السلب فى قول القائل هذا ليس ولدى،بل ولد ولدى،و هو عمده أدلتهم فهو على إطلاقه ممنوع،فانا لا نسلم سلب الولديه حقيقه،فإن حاصل المعنى بقرينه الإضراب أن مراد القائل المذكور انما هو أنه ليس بولدى بلا واسطه،بل ولدى بالواسطه،فالمنفى حينئذ انما هو كونه ولده بلا واسطه،و الولد الحقيقى عندنا أعم منها،و لو قال ذلك القائل:ليس ولدى من غير الإضراب منعنا صحه السلب.

و أما الأخبار الوارده فى المقام فمنها روايه أبى الجارود المتقدمه:و هى صريحه فى كون ولد البنت ولدا للصلب،كما عرفت،و نحوها الروايات الأخر.

و منها ما رواه

فى الكافى فى أبواب الزيارات بسنده عن بعض أصحابنا (1)قال

حضرت أبا الحسن الأول عليه السلام و هارون الخليفه و عيسى بن جعفر و جعفر بن يحيى بالمدينه قد جاؤا الى قبر رسول الله(صلى الله عليه و آله و سلم)فقال هارون لأبى الحسن عليه السلام تقدم،فأبى فتقدم هارون فسلم و قام ناحيه،و قال عيسى بن جعفر:

لأبى الحسن عليه السلام تقدم فأبى،فتقدم عيسى فسلم و وقف مع هارون ثم ساق الخبر الى أن قال:و تقدم أبو الحسن عليه السلام فقال:السلام عليك يا أبت أسأل الله الذى اصطفاك و اجتباك و هداك و هدى بك أن يصلى عليك،فقال هارون لعيسى:سمعت ما قال؟ قال:نعم،فقال هارون:أشهد أنه أبوه حقا».

أقول:لو كان لفظ الأب هنا انما هو مجاز كما يدعيه أصحابنا تبعا للعامه العمياء فأى فخر فيه،حتى أنه عليه السلام يعبر به،ثم انظر الى شهاده هارون بأنه أبوه حقا،و أى محل للحمل على المجاز فى ذلك،لو لا عدم التدبر فى الأخبار،و الوقوف عليها.



---

۱- ۱) فروع الكافى ج ۴ ص ۵۵۳ ح ۸،الوسائل ج ۱۰ ص ۲۶۸ ح ۴.

و منها ما رواه

المشايخ الثلاثه(عطر الله مراقدهم)بطرق عديده،و متون متقاربه عن عائذ الأحمسى (۱)قال:

دخلت على أبى عبد الله عليه السلام فقلت:السلام عليك يا بن رسول الله فقال:و عليك السلام أى و الله أنا لولده،و ما نحن بذوى قرابته.

أقول:انظر الى صراحه كلامه عليه السلام فى أنهم ولد حقيقه له(صلى الله عليه و آله و سلم)-لا أنهم من ذوى قرابته و أن إطلاق الولد عليهم انما هو مجاز- كما يدعيه من لم يعض على التطلع فى الأخبار-بضرس قاطع،و أكد ذلك بقسمه بالله سبحانه،الى غير ذلك من الأخبار التى ذكرناها فى كتاب الخمس (۲)و مجمل القول فيها أنها قد دلت على دعواهم عليه السلام البنوه له(صلى الله عليه و آله و سلم) و افتخارهم بذلك،و أن شيعتهم كانوا عاكفين على تسميتهم بذلك،و ان المخالفين أنكروا ذلك عليهم،و هم عليهم السلام قد استدلوا بالآيات القرآنيه كما عرفت،فلو لا ـ أن المراد البنوه الحقيقيه،لما كان لما ذكر من هذه الأمور وجه بالكليه،لأن المجاز لا يوجب الافتخار،و لا يتوقف على الاستدلال،و لا يكون محلا للمخاصمه و الجدال بل هذه الأشياء إنما تترتب على المعنى الحقيقى،كما لا يخفى على الناقد البصير، و لا ينبئك مثل خبير.

و لكن أصحابنا(سامحهم الله برضوانه)لما لم تصل هذه الأخبار الى نظرهم، و لم يطلعوا عليها بالكليه جروا على ما جرت عليه العامه العمياء فى المباحث الأصوليه،إلا أن الآيات حجه ظاهره عليهم،و هى مكشوفه لديهم فخروجهم عنها الى التمسك بهذه التخريجات الضعيفه من قول أعرابى بوال على عقبيه، و ما ذكروه من صحه السلب و نحو ذلك كله رمى فى الظلام،كما لا يخفى على ذوى الأفهام.



---

۱- ۱) فروع الكافى ج ۳ ص ۴۸۷ ح ۳،الوسائل ج ۳ ص ۵۰ ح ۱۰.

۲- ۲) ج ۱۲ ص ۳۹۱.

و لذلک ملل إلی هذا القول زیاده علی من ذکرنا من المتقدمین جمله من من متأخری علمائنا الأعلام،و الله العالم.

### الرابعه-ما لو قال:علی أولادی و أولاد أولادی

،فإنه علی المشهور بین المتأخرین یختص بالبطنین المذکورین من البطون المتجدده،لأنهم أولاد عندنا حقیقه کما عرفت،و الله العالم.

### الخامسه-لو قال:علی أولادی فإن انقرضوا و انقرض أولاد أولادی فعلی الفقراء

،فإنه لا شک فی صحه الوقف علی أولاده،لکن بعد انقراضهم فهل یرجع الوقف إلی أولاد الأولاد؟ثم بعد انقراضهم الی الفقراء؟أو یرجع الی الفقراء بعد انقراض أولاده،و لا یرجع الی أولاد الأولاد،قولان:قال فی المبسوط:إذا قال:وقفت علی أولادی فإذا انقرضوا أولادی و أولاد أولادی فعلی الفقراء،فإنه صرح بالوقف علی أولاده أولا،و علی الفقراء و المساکین،فعلی هذا إذا انقرض أولاده و بقی أولاد أولاده صرف انتفاعه إلی أقرب الناس إلیه،الی أن ینقرضوا،فإذا انقرضوا صرف الی الفقراء،و منهم من یقول:یکون وقفا علی أولاد أولاده بعد انقراض أولاده، لأنه شرط انقراضهم،و ذلک بظاهره یقتضی أنه وقف علیهم،کما لو صرح به، فعلی هذا یصرف إلیهم بعد الأولاد،فإذا انقرضوا صرف الی الفقراء،و هذا أقوی.

قال العلامه فی المختلف-بعد نقل کلام الشیخ المذکور:و الوجه عندی الأول،لأن الوقف بصریحه دل علی صیرورته إلی أولاده،ثم بعدهم و بعد أولاد أولاده یصرف الی الفقراء و لا دلاله صریحه علی صیرورته بعد أولاده إلی أولاد أولاده،و أما الدلاله الالتزامیه فهی منفیه هنا أیضا،لإمکان اقتران کلا النقیضین بهذا اللفظ،و یکون اللفظ معه صادقا،فصدقه أعم من اقترانه بالصیروره إلی أولاد أولاده،و من اقترانه بعدم ذلک،و لا دلاله للعام علی الخاص،قوله شرط انقراضهم یقتضی مشارکتهم،فأی وجه لترتبهم علی أولاد،فهلا شارکوهم،فإنه لم یوجد ما یدل علی الترتیب فکأنه قال:وقفت علی أولادی و أولاد أولادی،فإذا انقرضوا

جميعا فعلى الفقراء،انتهى.

و الظاهر أن هذا القول هو المشهور بين المتأخرين و قوته بالنظر الى تعليلاتهم ظاهره،فإن أولاد الأولاد لم يتعرض للوقف عليهم بالكليه،فكيف يدخلون فى الوقف،و مجرد اشتراط انقراضهم فى الوقف على الفقراء لا يستلزم كونه وقفا عليهم،لانتفاء وجه التلازم،و لأنه لو دل ذلك على الوقف عليهم أوجب التشريك بينهم و بين الأولاد،لانتفاء ما يدل على الترتيب كما ذكره العلامه مع أنه لا يقول به.

هذا كله بناء على ما هو المشهور بين المتأخرين من عدم دخول أولاد الأولاد فى إطلاق الأولاد،و أما على القول بدخولهم كما هو المختار،و به صرح الشيخ المفيد و ابن إدريس و غيرهم ممن تقدم ذكره،فإنه لا شك فى صحه الوقف المذكور،و أنه إنما ينتقل إلى الفقراء بعد انقراض أولاد الواقف من أولاد الصلب و من بعدهم من الأولاد،و ان تعددت الطبقات و تكاثرت.

بقى الكلام فى أنه على تقدير عدم دخول أولاد الأولاد فى الوقف و صحته على الفقراء بعد انقراض الجميع فالنماء المتخلل فى تلك المده بعد موت الأولاد و قبل انقراض أولاد الأولاد لمن هو؟قد عرفت من عباره الشيخ المتقدمه أنه يصرف إلى أقرب الناس إليه الى أن ينقرض أولاد الأولاد،فإذا انقرضوا صرف الى الفقراء.

و ظاهر شيخنا الشهيد الثانى فى المسالك احتمال تفريع ذلك على انتقال الوقف و عدمه،قال:فان قلنا ببقائه على ملك الواقف،فلا شبهه فى كونه لورثته، و ان قلنا بانتقاله الى الله،فالمتجه صرفه فى وجوه البر،و على القول بانتقاله الى الموقوف عليه،يكون لورثه البطن الأول.

أقول:قد تقدم فى المطلب الثانى ذكر الخلاف فى المنقطع الآخر،و مثله يأتى فى منقطع الوسط،من أنه هل يصح،و يكون وقفا أو حبسا أو يبطل من أصله،و قد رجحنا أنه يصير حبسا لاشتراط الوقف بالدوام،و على هذا فإنه يكون

النماء هنا لورثه الواقف،و لا يعود الى الفقراء بالكليه.

و بهذا أيضا صرح شيخنا المذكور فى آخر البحث فى هذه المسئله فقال:

نعم إذا قلنا حبسا لبطلانه بانقطاع وسطه اتضح عوده إلى ورثه الواقف على وجه الملك،ثم لا ينتقل عنهم الى الفقراء،و هذا هو الأقوى،انتهى.

و هو جيد بناء على مذهبهم فى المسئله،و الا فقد عرفت أن الأظهر صحه الوقف بغير اشكال كما قدمنا ذكره،و الله العالم،أقول:و قد تقدم بعض صور المسئله أيضا فى المباحث السابقه.

### تتمه [فى وجوب اتباع الشروط المذكوره فى الوقف]

يجب اتباع الشروط المذكوره فى عقد الوقف من الترتيب و التشريك، و التفصيل،فلو وقف على أولاده و أولاد أولاده اقتضى ذلك تشريك البطن الأخير مع البطن الأول،و يأتى على ما اخترناه من دخول أولاد الأولاد فى إطلاق الأولاد اشتراك جميع البطون من غير تفصيل كما هو مقتضى الإطلاق.

و لو قال:على أولادى ثم أولاد أولادى أو قال:الأعلى فالأعلى ترتبوا،و لا يستحق البطن الثانى شيئا ما بقى من الأول واحد،و كل من مات من البطن الأول فنصيبه يرجع الى الباقين،الا أن يقول:فنصيبه لولده،فإنه يجب اتباع الشرط المذكور، فلو مات أحدهم ممن ولد كان نصيبه لولده،و لو مات بعضهم عن غير ولد كان نصيبه للباقين من البطن،دون الولد الذى أخذ نصيب أبيه،و المراد بأولادى هنا هم الذين من الصلب،فلا يدخل فيه أولاد الأولاد لقرينه العطف.

لكن يبقى الكلام فى أولاد الأولاد،فإن المشهور تخصيصهم بالبطن الثانى، و على ما اخترناه فإنه يدخل فيه جميع البطون المتأخره عن البطن الأول، لدخولهم فى إطلاق أولاد الأولاد كما عرفت،فالترتيب حينئذ إنما هو بين البطن الأول،و هم أولاد الصلب،و بين من عداهم من الطبقات المتأخره،و أما الطبقات

المتأخره من أولاد الأولاد و ما بعدهم من البطون،فإنه لا ترتيب بينهم.

و لو قال:بطنا بعد بطن،فالمشهور أنه يفيد الترتيب بين البطون،و قال فی التذكره:انه لا يفيد،و الأقرب الأول،و لو قال:على أولادی ثم أولاد أولادی على أن من مات منهم عن ولد فنصيبه لولده،و من مات عن غير ولد فنصيبه لأهل الوقف،ثم لو مات أحدهم عن ابنين فان نصيبه لأبنيه ثم ان مات الثانی عن غير ولد،فان نصيبه لباقی طبقته مع الابنين المذكورين بالسويه،لأن الجميع أهل الوقف فيشتركون فيه،و لو مات أحد الابنين المذكورين كان نصيبه لأخيه و عمه، لأنهم أهل الوقف،و الله العالم.

[المسأله] السادسه [عدم خروج المسجد عن الوقف بخرابه]

-لو خرب المسجد الموقوف،أو خربت القريه أو المحله لم يخرج المسجد عن الوقف،لما عرفت من أن الوقف مقتضى للتأبيد،و لأن المسجد حقيقه إنما هو العرصه التی هی الأرض،و هی باقيه،و لأن الغرض المقصود منه و هو الصلاه فيه باق،فإنه يصلی فيه من يمر به،و ربما تعود القريه أو يحصل من يعمره.

و بالجمله فإن الخراب غير موجب للخروج عن الوقفيه إذ لا منافاه،نعم هذا إنما يتم فی غير المساجد المبنيه فی الأرض المفتوحه عنوه،حيث يجوز وقفها تبعا لآثار التصرف،و قد تقدم فی مقدمات صدر كتاب التجاره (1)أنه متى زالت الآثار سواء كانت آثار التملك أو الوقف فإن الأرض تعود الى ما كانت عليه، لزوال المقتضی للاختصاص،الا أن تبقى فيه رسوم أصل الحيطان كما هو الغالب، بحيث يصدق وجود الآثار فی الجمله،فإنه يكفی فی بقاء حكم المسجديه،بل هذا هو المفهوم من النصوص،فان ما صار الآن معمولا-من البناء و تشييد الجدران و وضع السقف عليها أمر مخترع،و المفهوم من النصوص إنما هو مجرد التحجير و العلامات الداله على المسجديه،و نقل عن بعض العامه خروجه عن المسجديه بالخراب قياسا عن عود الكفن الى الوارث عند اليأس من الميت بأن أخذه السيل



---

1- 1) ج 18 ص 438.

قياس منه بجامع استغناء المسجد عن المصلين كاستغناء الميت عن الكفن،و رده الأصحاب بأنه قياس مع الفارق،فان الكفن ملك للورثه،فإن التركه تنتقل الى الوارث بالموت و ان وجب صرفه فى التكفين،فإذا زال الموجب عاد الى ما كان عليه،بخلاف المسجد،فإنه قد خرج بالوقف عن ملك الواقف،و المسجد حقيقه إنما هى العرصه كما عرفت،و هى باقيه،و أيضا فإن القياس من الميت الذى أوجب رجوع الكفن إلى الورثه غير مسلم هنا،لجواز عماره القريه كما عرفت، و صلاه الماره فيه،و اليأس عن المسجديه غير حاصل،و ما ذكر فى الكفن عن العود الى الوارث إنما يتم فيما لو كان الكفن من التركه،أما لو كان من الزكاه أو الوقف أو من باذل فإنه يرجع الى أصله،و ما ذكر من الكلام هنا فى المسجد يجرى فى الدار الموقوفه،فإنه بانهدام الدار لا يخرج العرصه عن الوقف، و لا يجوز التصرف فيها ببيع و نحوه،و الكلام فى الفرق بين الأرض الخراجيه و غيرها كما تقدم فى المسجد،و الله العالم.

### السابعه [فى جواز بيع الوقف على تقدير وقوع الخلف بين الموقوف عليهم]

-المشهور بين الأصحاب جواز بيع الوقف إذا وقع بين الموقوف عليهم خلف،بحيث يخشى خرابه،و قد تقدم تحقيق هذه المسئله و ما فيها من الكلام بما لا يحوم حوله للناظر نقض و لا إبرام فى كتاب البيع (۱)و لو انقلعت نخله من أرض الوقف قال الشيخ:يجوز بيعها،لتعذر الانتفاع إلا بالبيع،و قال ابن إدريس:و تبعه أكثر المتأخرين انه يمكن الانتفاع بهذه النخله من غير بيعها كالإجاره للتسقيف،أو جعلها جسرا و نحو ذلك.

قال فى المختلف بعد نقل القولين المذكورين:و هذه المنازعه تجرى مجرى النزاع اللفظى،لأن الشيخ فرض سلب منافعها على ما ذكره فى دليله،و ابن إدريس فرض لها منافع غير الثمره،قال فى المسالك-بعد أن ذكر أن كلام ابن إدريس جيد،حيث يمكن الانتفاع،و الا فكلام الشيخ جيد-ما صورته:و أما ما ادعاه



---

۱- ۱) ج ۱۸ ص ۴۳۹.

العلامه من أنه لا نزاع بينهما إلا فی اللفظ حیث أن الشیخ(رحمه الله علیه)فرض سلب منافعها کما یقتضیه دلیله،و ابن إدریس فرض وجودها غیر الثمره،فلا یخلو من حیف علی ابن إدریس،لأن دلیل الشیخ اقتضی ادعاءه عدم المنافع حینئذ،لا علی تقدیر عدم المنافع،ففیه قصور بین،و حینئذ فالتفصیل أجود،انتهی.

و الظاهر أن ما ذهب الیه ابن إدریس هو المشهور بین المتأخرین،استنادا الی عدم جواز بیع الوقف،أما علی مذهب ابن إدریس فإنه یمنع منه مطلقا،و أما علی المشهور فإنهم إنما یجوزونه فی الصوره المتقدمه،و هذا لیس منها،و الشیخ إنما جوزه بدعوی عدم حصول النفع الذی هو الغرض من الوقف،فیجوز البیع حینئذ، لبطلان الوقف،و متی ثبت وجود النفع کما ادعاه ابن إدریس فلا یصح البیع، بل یبقی وقفا علی حاله،و ما ذکر من الکلام فی المقام یجری أیضا فی حصیر المسجد إذا خلق،و جذعه إذا انکسر،و تعذر الانتفاع به فیه أو فی غیره.

قال فی المسالک:و متی جاز البیع وجب أن یشتری بقیمته ما یکون وقفا علی الأقوی،مراعیا للأقرب الی صفه الأول فالأقرب،و نقل فی المختلف عن ابن الجنید أنه قال:و الوقف رقیقا أو ما یبلغ حاله الی زوال ما سبله من منفعته، فلا بأس ببیعه،و ابدال مکانه بثمنه ان أمکن ذلک،أو صرفه فیما کان یصرف فیه منفعته،أورد ثمنه علی منافع ما بقی من أصل ما حبس معه،إذا کان فی ذلک الصلاح،ثم قال:و هو الأقوی عندی.

أقول:قد تقدم فی مسئله بیع الوقف المشار إلیها آنفا من کتاب البیع (1)ما یؤذن بالمناقشه فی ذلک،فلیراجع،و الله العالم.

### الثامنه [حکم ما لو آجر البطن الأول مده،ثم انقرضوا فی أثنائها]

#### اشاره

-قالوا:إذا آجر البطن الأول مده،ثم انقرضوا فی أثنائها،فإن قلنا الموت یبطل الإجاره فلا کلام،و ان لم نقل فهل یبطل هنا فیه تردد،أظهره البطلان،لأنا بینا أن هذه المده لیست للموجودین،فیکون للبطن الثانی الخیار



---

1- 1) ج 18 ص 447.

بین الإجازه فی الباقی،و بین الفسخ فیه،و یرجع المستأجر علی ترکه الأولین بما قابل المتخلف،انتهی.

أقول:الکلام هنا یقع فی موضعین

## الأول-فی بطلان الإجاره و عدمه بموت البطن الأول

،بناء علی عدم بطلان الإجاره بموت الموجر،کما هو الأظهر، و ظاهر المشهور القول بالبطلان هنا،و جعلوه من جمله المستثنیات من قاعده عدم بطلان الإجاره بموت الموجر،و علل البطلان بما أشیر إلیه من قوله:ان هذه المده لیست للموجودین،و توضیحه أن ملک الموجر هنا لما آجره غیر تام،لمشارکه باقی البطون له فی ذلک بأصل العقد،و الموجر إنما یملک مده حیاته،و بعدها ینتقل الملک الی غیره،فبموته یتعین انتهاء حقه،فتکون إجارته بالنسبه إلی بقیه المده تصرفا فی غیر حقه،متوقفا علی اجازه البطن الذی بعده،و من ذلک یظهر أن صحه الإجاره فی هذه المده التی اشتمل علیها العقد مراعاه ببقاء الموجر،فلو مات فی أثنائها تبین بطلان الإجاره فی المده الباقیه،و مما ذکر یظهر وجه الفرق بین اجاره البطن الأول من الموقوف علیهم بالنسبه الی من بعده،و اجاره المالک بالنسبه إلی الورثه،فإن اجاره المالک تصرف فی ملکه المستقل به حال حیاته،حتی لو أراد إتلافه بالکلیه لم یکن للوارث اعتراض فی ذلک،و الوارث انما یتلقی الملک بعد موته،بخلاف الوقف فان البطن الأول غیر مستقل بالملک کما عرفت،بل البطون الأخیره مشارکون له فی الاستحقاق بأصل العقد،لا أنهم انما یتلقونه بعد موته کما فی الورثه،و وجه التردد فی المسئله مما ذکر،و من أن المتصرف حینئذ کالمالک،فکان تصرفه ماضیا.

و أنت خبیر بأنه بالنظر الی هذه التعلیلات،لا خفاء فی قوه القول المشهور، إلا أنک قد عرفت عدم صلوحها لتأسیس الأحکام الشرعیه،و انما العمل علی النصوص حیث لا نص هنا فالمسئله لا تخلو من الاشکال،و قد تقدم نظیر هذه المسئله فی المسئله السابعه و العشرین فیما آجر الأب أو الوصی الصبی من مسائل المطلب

ص:٢٥٧

الثالث فی الأحکام من کتاب الإجاره،و ینبغی أن یستثنی من محل الاشکال ما لو کان الموجر للوقف ناظرا سواء کان أجنبیا أو من الموقوف علیه،فإنه فی حکم النائب عن الجمیع،فلا تبطل الإجاره بموته.

### الثانی [رجوع المستأجر علی ترکه الأولین]

ما ذکره من قوله و یرجع المستأجر علی ترکه الأولین،و هو محمول علی ما لو دفع الأجره للبطن الأول،و الا فلا رجوع،و المراد بمقابل المتخلف الذی یرجع به علی ما ذکره فی المسالک،هو أن ینسب أجره مثله إلی أجره مثل مجموع المده،و یرجع من المسمی بمثل تلک النسبه،فلو کان قد آجره سنه بمائه و مات بعد انقضاء نصفها و فرض أن أجره مثل النصف المختلف تساوی الستین،و أجره مثل النصف الماضی تساوی ثلاثین،رجع بثلثی المائه،و علی هذا القیاس،و الله العالم.

### التاسعه-فی جمله من أحکام الأمه الموقوفه

#### اشاره

### [حرمه وطئ الأمه الموقوفه علی الموقوفه علیه]

#### اشاره

منها-أنهم قد صرحوا بأنه لا یجوز للموقوفه علیه وطئ الأمه الموقوفه لأنه لا یختص بملکها،فان کان له شریک فی ذلک البطن،فان علیه ما عدا نصیبه من العقر للشرکاء،و کذا من قیمه الولد لو أولدها و علیه الحد بنسبه ما عدا حصته و ان انحصر أهل تلک الطبقه فیه کان الولد حرا، و لا قیمه علیه و لا حد.

أقول:أما الأول فیعلم وجهه مما تقدم فی کتاب البیع فی مسئله وطئ الأمه المشترکه بغیر اذن الشرکاء (۱)و لکن قل من تنبه لذلک،و نبه علیه فی هذا المقام.

و أما الثانی فإن الوجه فی تحریم ذلک علیه،مع أن منافع الوقف له خاصه و ان شارکته فی الملک البطون المتأخره،و الوطی من جمله المنافع،هو الفرق بین الانتفاع بالوطء و غیره من المنافع،من حیث ان الوطی معرض للحمل الموجب لصیرورتها أم ولد المانع من دوام الوقف علی باقی البطون،لانعتاقها بموته.

و أما الوجه فی حرمه الولد إذا أولدها،فلأن وطأه غیر معدود من الزنا،



---

۱- ۱) ج ۱۹ ص ۴۷۴.

لأنه مالك فى الجمله،و لا تجب عليه القيمه،لمن بعده من البطون،لأنه مخصوص بالاستحقاق الآن،إذ المفروض انحصار تلك الطبقه فيه،فلا شريك له الآن،لا من البطن الذى هو فيه،و لا من البطون المتأخره،و الولد بمنزله كسبها،و ثمره البستان،فيملكه زمان ملكه،لأمه،إلا أن هذا مبنى على أحد القولين الآتيين فى المسئله،و القول الآخر أنه يكون وقفا كأمه،و أما عدم وجوب الحد عليه،فلما عرفت من أنه غير زان و ان فعل حراما كنظائره من وطئ الحليله محرما،و يحتمل وجوب الحد إذا لم تكن له شبهه يدرأ بها،بناء على القول بعدم انتقال الملك اليه،إلا أنه قال فى التذكره:انه لأحد أيضا هنا،لأن شبهه الملك فيه ثابته،و المراد أن شبهه كونه مالكا فتحققه،و ان رجحنا عدم ملكه لأنها مسئله اجتهاديه،لا يرفع ترجيح أحد جانبيها أصل الشبهه عن الجانب الآخر و هو كاف فى درأ الحد،و هو كما ذكره(قدس سره).

بقى الكلام هنا فى موضعين

### أحدهما أنه هل تصير بالاستيلاد أم ولد،أم لا؟

قولان:و علل الأول بتحقق العلوق منه فى ملكه على القول بانتقال الملك إليه، لأن مبنى الكلام على ذلك،و هذا هو السبب فى صيرورتها أم ولد بالنص و الإجماع و علل الثانى بأن السبب إنما هو العلوق فى الملك التام المختص بالمالك المعين، و الملك هنا غير مختص به،لأن باقى البطون حقهم متعلق بها الآن،و هو يرجع الى منع ما ادعى من سببيته السبب الأول،لأنها يقوم عليه كلها بالاستيلاد،و لا شىء من أم الولد كذلك بالاستقراء،و لمنافاه الوقف الاستيلاد.

و أنت خبير بأن مرجع ما ذكر من التعليلين المذكورين الى تعارض عموم النهى من إبطال الوقف و تغييره،و الحكم بدوامه و لزومه،و عموم ما دل على ثبوت الاستيلاد،و ترتب أحكامه،و القائل الأول اعتمد على العموم الثانى و خصص به الأول،و القائل الآخر عكس،و الحق هو تعارض العمومين،و تخصيص أحدهما بالآخر يحتاج الى مرجح،و ليس فليس،فتبقى المسئله فى قالب الاشكال، مضافا الى عدم النص فى أصل المسئله،فيتعاظم الاشكال.

ص :٢٥٩

و

### ثانیهما [هل تؤخذ القیمه من ترکته للبطون المتأخره بعد موته،و انعتاقها بموته؟]

أنه علی تقدیر صیرورتها أم ولد کما هو أحد القولین المتقدمین فهل تؤخذ القیمه من ترکته للبطون المتأخره بعد موته،و انعتاقها بموته؟قیل فیه وجهان:أطال الکلام فیهما فی المسالک،و حیث أن أصل المسئله کما عرفت عاریه عن النص،و الرکون فی إثبات أحکامها و ما یتفرع علیها الی مجرد هذه التعلیلات المتداوله فی کلامهم مشکل،أغمضنا النظر عن الکلام فیها.

و منها-

### أنه یجوز تزویجها

،و المتولی لـذلک هو الموقوف علیه ان قلنـا بانتقـال الملـک الیه،و ان قلنـا بالانتقـال الی الله فالحاکم الشـرعی،لأنه المتولی لنحو ذلک و نقل عن الشیخ أنها تزوج نفسها،و رده من تأخر عنه بأنه ضعیف.

و ان قلنـا ببقـاء الوقف علی ملـک ذلـک الواقف،کـان التزویـج الیه،و مهرها للموجودین من الموقوف علیهم،أو الجهه الموقوف علیها،لأنه فائده من فوائدها و عوض من منفعتها المختصه بهم،فیکون عوضها کذلک.

و

### [حکم ما لو أتت بولد،و کان من مملوک أو زنا]

منهـا-أنـه لـو أتـت بولـد،و کـان من مملـوک أو زنـا،فقیـل:انه یختص به البطن الـذی یولـد معهم،لأـنهم من جمله النمـاء،فأشـبه الکسب،و ثمره البسـتان،و ولـد الـدابه،و الظـاهر أن هـذا هو المشـهور،و ذهب الشـیخ و ابن الجنیـد و جمـاعه إلی أنه یکون وقفا کـأمه،لأن کل ولـد ذات رحم حکمه حکم أمه کالمـدبره و المرهونه علی قول،و رد بأن الکلیه ممنوعه و ان کان الولـد من حر بعقد صحیح فلا اشکال فیه،إلا مع اشتراط الرقیه فی العقد،علی خلاف فیه یأتی تحقیقه ان شاء الله تعالی-فی محله اللائق به،و ان کـان من حر بـوطیء شـبهه قـالوا:فهـو حر،و علیه القیمه للموقوف علیه،فلأـنه فوت علیهم ولـد أمه بغیر اسـتحقاق،و أرادوا بکون القیمه للموقوف علیه أنها تکون لهم علی جهه الملک،لا علی جهه الوقف علی أصح القولین.

### [حرمه وطئها علی الواقف]

و منهـا-أنه لا یجوز للواقف وطؤها علی القول بالانتقال الی الموقوف علیه،أو الانتقال الی الله سـبحانه،لخروج الملک عنه،فیکون کالأجنبی یترتب علی وطئه ما یترتب علی الأجنبی،و أما علی القول ببقاء ملکه قالوا:فإنه لأحد علیه لشبهه الملک

و فی نفوذ الاستیلاد الخلاف فی استیلاد الراهن،لتعلق حق الموقوف علیه و أولی بالمنع هنا،و الله العالم.

## المقصد الثانی فی الصدقه:

### اشاره

قد عرفت مما قدمنا فی سابق هذا المطلب أن الصدقه فی الصدر الأول إنما تطلق بمعنی الوقف،و لهذا ان الأصحاب(رضی الله عنهم)قد استندوا فی کثیر من أحکام الوقف الی الأخبار الوارده بلفظ الصدقه کما تقدم ذکره،و حینئذ فالصدقه فی الأخبار أعم من هذا المعنی المبحوث عنه من الوقف،و قد یوجد فیها من القرائن ما یتعین به أحدهما،و قد لا یوجد فیبقی محتملا لکل من الأمرین کما سیظهر لک-ان شاء الله تعالی-فی البین.

و قد ذکر الأصحاب بأنه لا بد فی الصدقه من العقد المشتمل علی الإیجاب و القبول،کما یعتبر فی غیرها من العقود اللازمه.

أقول:إذا أرید بالقبول هو القبول القولی ففی فهمه من الأخبار إشکال، لعدم ما یدل علیه فیها،و ان أرید الفعلی فهو المفهوم منها خاصه کما لا یخفی علی المتدبر،و ستمر بک شطر منها ان شاء الله تعالی.

و من شروطها القبض،لکن باذن المالک عند الأصحاب،فلو قبضها بغیر اذنه لم ینتقل الیه،قالوا:لان القبض المترتب علیه أثره،هو المأذون فیه شرعا و المنهی عنه غیر منظور الیه،و نحوها غیرها من العقود المفتقره إلی القبض، کالوقف و الهبه.

و من شروطها أیضا القربه،و الظاهر أنه إجماعی،و علیه تدل جمله من الأخبار الآتیه ان شاء الله تعالی،حتی إذا حصل القبض بعد العقد المشتمل علی التقرب بها امتنع الرجوع فیها علی الأشهر الأظهر،و نقل عن الشیخ أنه قال:ان صدقه التطوع عندنا بمنزله الهبه فی جمیع الأحکام،و من شروطها الإیجاب و القبول

و لا یلزم إلا بالقبض،و کل من له الرجوع فی الهبه له الرجوع فی الصدقه علیه.

و رد بأن المقصود بالصدقه الأجر و الثواب کما یدل علیه اشتراط القربه فیها،و قد حصل فلا یجمع بین العوض و المعوض عنه،و لو سلم مساواتها للهبه، فإنها یمتنع أیضا الرجوع فی الهبه مع التعویض فیها مطلقا بقربه أو غیرها.

و بالجمله فإن قول الشیخ ضعیف،لدلاله الأخبار الآتیه-ان شاء الله تعالی- علی امتناع الرجوع مع القربه،و الواجب نقل ما وصل إلینا من الأخبار المتعلقه بالمقام،و الکلام فیها بما رزق الله تعالی فهمه منها ببرکه أهل الذکر (علیهم الصلاه و السلام).

فمنها ما رواه

فی الکافی و التهذیب فی الحسن أو الصحیح فی الأول،و الموثق فی الثانی،عن حماد و هشام و ابن أذینه و ابن بکیر و غیرهم (۱)کلهم قالوا

«قال أبو عبد الله علیه السلام:لا صدقه و لا عتق إلا ما أرید به وجه الله تعالی».

و عن زراره (۲)فی الصحیح

«عن أبی عبد الله علیه السلام قال:ان الصدقه محدثه، إنما کان الناس علی عهد رسول الله(صلی الله علیه و آله و سلم)ینحلون و یهبون و لا ینبغی لمن أعطی لله شیئا أن یرجع فیه،قال:و ما لم یعط لله و فی الله فإنه یرجع فیه،نحله کانت أو هبه،حیزت أو لم تحز،و لا یرجع الرجل فیما یهب لامرأته»الحدیث،. و یأتی تمامه-ان شاء الله تعالی فی مقصد الهبه.

قال المحدث الکاشانی فی الوافی فی ذیل هذا الخبر:الصدقه ما یعطی لله سبحانه،و الهبه و النحله ما یعطی لأغراض أخر،و أکثر ما یطلق النحله فیما لا عوض له،بخلاف الهبه،فإنها عامه،و قد تکون لله تعالی،و کثیرا ما تطلق الصدقه علی الوقف کما سیتبین فیما بعد ذلک،لأن الوقوف انما تکون لله سبحانه و أکثر ما نسب الی نحو الدار و المضیفه علی غیر محصور،فالمراد بها الوقف



---

۱- ۱) الکافی ج ۷ ص ۳۰ ح ۲،التهذیب ج ۹ ص ۱۵۱ ح ۶۷،الوسائل ج ۱۳ ص ۳۲۰ ح ۳ من باب ۳.
۲- ۲) الکافی ج ۷ ص ۳۰ ح ۳،التهذیب ج ۹ ص ۱۵۲ ح ۶۲۴،الوسائل ج ۱۳ ص ۳۲۰ ح ۱ من باب ۳.

لله سبحانه،و لعل المراد بالحديث أن الناس كانوا على عهد رسول الله(صلى الله عليه و آله و سلم)لا يتصدق بعضهم على بعض إذا أرادوا معروفا فيما بينهم سوى الزكاه و ما يعطى لأهل المسكنه،بل كانوا يهبون و ينحلون،إما لإراده تحصيل ملكه الجود أو إراده سرور الموهوب له أو الإثابه منه أو غير ذلك،و انما صدقه بعضهم على بعض فى غير الزكاه و الرحم المسكين أمر محدث،يعنى إطلاق هذه اللفظه فى موضع الهبه و النحله محدث،لا يدرى ما يعنى به من يتفوه بها،أ يجعلها لله أم لا؟ثم ان الصدقه حيث لا تكون إلا لله عز و جل فلا يجوز الرجوع فيها،لأن ما يعطى لله و فى الله فلا رجعه فيه،و ذلك لأنه بمجرد إلا بأنه استحق الأجر و كتب له و ما لم يعط لله و فى الله جاز الرجعه فيه إلا فى مواضع مشتثناه كما يأتى،انتهى.

أقول:الظاهر ان المراد بقوله عليه السلام إنما الصدقه محدثه إنما هو بمعنى أن إطلاق الصدقه على هذا المعنى المشهور الآن،المشروط بالشروط المتقدمه أمر محدث لم يكن فى زمنه(صلى الله عليه و آله و سلم)و انما الذى فى زمنه النحل و الهبات و الصدقه يومئذ إنما تستعمل بمعنى الوقف،كما فى صدقات على عليه السلام و فاطمه و الكاظم (صلوات الله عليهما)المتقدم جميع ذلك،الا أن المراد ما ذكره من أن إطلاق هذه اللفظه فى موضع الهبه و النحله محدث،و يشير الى ما قلناه ما رواه

فى الكافى و التهذيب عن عبيدين زراره (۱)فى الموثق قال:

«سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يتصدق بصدقه؟إله أن يرجع فى صدقته؟فقال:ان الصدقه محدثه انما كان النحل و الهبه، و لمن وهب أو نحل أن يرجع فى هبته حيز أو لم يحز،و لا ينبغى لمن اعطى شيئا لله أن يرجع فيه». فان الخبر كما ترى ظاهر فى أن السؤال انما هو عن الصدقه المعهوده، و قد أجاب عليه السلام بأن الصدقه بهذا المعنى أمر محدث،و انما المستعمل يومئذ النحل و الهبه،ثم أجاب بأن من من أعطى لله يعنى قرن عطيته بالقربه صدقه كانت أو هبه



---

۱- ۱) الكافى ج ۷ ص ۳۰ ح ۴،التهذيب ج ۹ ص ۱۵۳ ح ۲،الوسائل ج ۱۳ ص ۳۴۲ ح ۱.

أو نحله فـإنه لاـ ينبغى الرجوع فيه،أى لاـ يجوز،فـان لفـظ لاـ ينبغى،فى هـذه الأخبار بمعنى التحريم كما سـيظهر لك-ان شاء الله تعالى-و أما قوله عليه السلام«أنه يجوز الرجوع لمن وهب أو نحل حيز أو لم يحز»فالمراد به مع عدم القربه كما ينبه عليه قوله فى الخبر الـذى قبله«و ما لم يعط لله و فى الله فإنه يرجع فيه نحله كانت أو هبه حيزت أو لم تحز»و نحو هـذا الخبر،فيما ذكرنا ما تقدم فى سابقه من قوله عليه السلام:

«و لا ينبغى لمن أعطى لله شيئا أن يرجع فيه.» و كيف كان فالخبر الأول صريح فى اشتراط الصدقه بالقربه،الا أنه أعم من الصدقه بالمعنى المذكور،أو الوقف،و الأخيران ظاهران فى عدم جواز الرجوع مع القربه.

و منها ما رواه

فى الكافى و التهذيب عن محمد بن مسلم (۱)فى الصحيح

«عن أحدهما عليهما السـلام و رواه الشـيخ بسـند آخر عن محمد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السلام أنه سئل عن رجل كانت له جاريه فآذته امرأته فيها فقال:هى عليك صدقه،فقال:

ان كان قال ذلك لله فليمضها،و ان لم يقل:فله أن يرجع ان شاء فيها». و هذا الخبر ظاهر فيما ذكره الأصحاب مع أنه مع القربه فلا يجوز له الرجوع.

و فيه رد لما تقـدم نقله عن الشـيخ(رحمه الله)و لكن يجب تقييـده بحصول القبض الذى هو شـرط لزوم الصدقه كما سـتعرف ان شاء الله تعالى،و الصدقه فى هذا الخبر ظاهره فى المعنى المعهود،و لا مجال لحملها على الوقف،

و عن جميل فى الحسن (۲)أو الصحيح قال:

«قلت لأبى عبـد الله عليه السـلام رجل يتصـدق على ولـده بصـدقه و هم صـغار إله أن يرجع فيها؟قال:لا الصـدقه لله عز و جل». و التقريب فيه ما تقـدم فى سابقه إلا أن لفظ الصدقه هنا محتمل للحمل على المعنى المعهود و الحمل على الوقف،لكن الأصـحاب يخصونه بالأول حيث أن القربه عندهم غير مشترطه فى الوقف على المشهور.



---

۱- ۱) الكافى ج ۷ ص ۳۲ ح ۱۲،التهذيب ج ۹ ص ۱۵۱ ح ۶۴.

۲- ۲) الكافى ج ۷ ص ۳۱ ح ۵،التهذيب ج ۹ ص ۱۳۵ ح ۱۵. و هما فى الوسائل ج ۱۳ ص ۳۱۹ ح ۱ و ص ۲۹۸ ح ۲.

و منها ما رواه الشيخان المتقدمان عن السكونى (۱)عن أبى جعفر عليه السلام و رواه

الصدوق و الشيخ أيضا عن عبيد بن زراره (۲)

«عن أبى عبد الله عليه السلام أنه قال فى رجل تصدق على ولد له قد أدركوا فقال:إذا لم يقبضوا حتى يموت فهو ميراث،فان تصدق على من لم يدرك من ولده فهو جائز،لأن والده هو الذى يلى أمرهم،و قال عليه السلام:

لا يرجع فى الصدقه إذا تصدق بها ابتغاء وجه الله عز و جل».

أقول:و هذا الخبر أيضا محتمل للحمل على المعنيين المتقدمين،و لهذا ان الأصحاب قد إ به على اشتراط القبض فى الوقف،و أنه مع عدم القبض يبطل و يرجع ميراثا،و اللازم من ذلك اشتراط القربه فى الوقف كما صرح به فى آخر الخبر،مع أن المشهور بينهم عدمه،و من ثم ناقشهم فى الاستدلال به صاحب المسالك،كما تقدم فى مقصد الوقف،و الظاهر هو الاشتراط فى الموضعين،و المراد من الجواز فى قوله«فهو جائز»يعنى واقع صحيح.

و منها ما روياه

عن الحكم بن أبى عقيله (۳)قال:

«تصدق على أبى بدار و قبضتها ثم ولد له بعد ذلك أولاد فأراد أن يأخذها منى و يتصدق بها عليهم، فسألت أبا عبد الله عليه السلام عن ذلك فأخبرته بالقصه فقال:لا تعطها إياه،قلت:فإنه إذا يخاصمنى قال:فخاصمه و لا ترفع صوتك على صوته».

و ما رواه

فى الفقيه عن موسى بن بكر عن الحكم (۴)قال:

«قلت لأبى عبد الله عليه السلام:ان والدى تصدق على بدار ثم بدا له أن يرجع فيها،و ان قضاتنا يقضون لى بها فقال:نعم ما قضت به قضاتكم و لبئس ما صنع والدك إنما الصدقه لله عز و جل،فما جعل لله فلا رجعه فيه له،و ان أنت خاصمته فلا ترفع عليه



---

۱- ۱) الكافى ج ۷ ص ۳۱ عن محمد بن مسلم ح ۷ التهذيب ج ۹ ص ۱۴۵ ح ۵۲،الوسائل ج ۱۳ ص ۲۹۷ ح ۱.

۲- ۲) الكافى ج ۷ ص ۲۹۹ ح ۵،الفقيه ج ۴ ص ۱۸۲ ح ۲۰.الوسائل ج ۱۳ ص ۲۹۹ ح ۵.

۳- ۳) الكافى ج ۷ ص ۳۳ ح ۱۸،التهذيب ج ۹ ص ۱۳۶ ح ۲۰ الوسائل ج ۱۸ ص ۲۲۴ ح ۱.

۴- ۴) الفقيه ج ۴ ص ۱۸۳ ح ۲۲.الوسائل ج ۱۳ ص ۳۱۶ ح ۱.

صوتک،و ان رفع صوته فاخفض أنت صوتک قلت له:فإنه قد توفی قال:فأطب بها».

أقول:و هذان الخبران بضم أحدهما إلی الآخر صریحان فی أنها بالقبض و القربه لا یصح الرجوع فیها حسب ما صرح به الأصحاب،و الخبر الأول و ان کان مجملا بالنسبه إلی القربه،إلا أن الثانی صریح فی أن العله فی عدم صحه الرجوع بعد القبض هو التقرب الی الله سبحانه،و أن الصدقه لا تکون الا مع القربه،و هی ظاهره فی اشتراط القبض و القربه کما قدمنا ذکره،و الظاهر أن الصدقه فیهما بالمعنی المبحوث عنه.

بقی الکلام فیما اشترطه الأصحاب(رحمهم الله)فی اذن المالک فی صحه القبض،فان الروایات خالیه منه،و ما ذکروه من التعلیل المتقدم ذکره مع کونه لا یصلح لتأسیس حکم شرعی لا یخلو من مناقشه أیضا،قوله«ان القبض المترتب علیه أثره یعنی لزوم العقد هو المأذون فیه شرعا»مدخول بأنه بعد العقد و قصد التقرب فیه لله سبحانه،فإنه یحصل به الانتقال الی من تصدق به علیه، فإذا قبضه فقد قبض حقا شرعیا انتقل الیه بالعقد الشرعی،و الأذن الشرعی حاصل علی هذا التقدیر کما لا یخفی،لأنه لم یتعد فی قبضه،و یؤیده قوله فی الروایه الأولی تصدق علی بدار و قبضتها،فإنه أعم من أن یکون المالک أقبضه أو قبض بنفسه،و بالجمله فالأصل العدم حتی یقوم دلیل علی هذا الشرط.

و منها ما رواه

الشیخ فی الصحیح عن الحلبی (۱)عن أبی عبد الله علیه السلام قال:

قال رسول الله(صلی الله علیه و آله و سلم):

إنما مثل الذی یرجع فی صدقته کالذی یرجع فی قیئه».

و عن جراح المدائنی (۲)

«عن أبی عبد الله علیه السلام أنه قال:

فی الرجل یرتد فی الصدقه قال:کالذی یرتد فی قیئه».

و عن عبد الله بن سنان (۳)قال:

«سألت أبا عبد الله علیه السلام عن الرجل یتصدق بالصدقه ثم یعود فی صدقته فقال:



---

۱- ۱) التهذیب ج ۹ ص ۱۵۵ ح ۱۲.الوسائل ج ۱۳ ص ۳۱۶ ح ۴.
۲- ۲) التهذیب ج ۹ ص ۱۵۵ ح ۱۱.الوسائل ج ۱۳ ص ۳۱۶ ح ۲.

٣- ٣) التهذيب ج ٩ ص ١٥١ ح ٦٥.الوسائل ج ١٣ ص ٣١٧ ح ٥.

قال رسول الله(صلى الله عليه و آله و سلم):إنما مثل الذى يتصدق بالصدقه ثم يعود فيها مثل الذى يقى ثم يعود فى قيئه».

أقول:و هذه الأخبار كما ترى صريحه فى عدم جواز الرجوع فى الصدقه بعد حصول الشروط المتقدمه،و فيها مع ما تقدم من أخبار الدار رد على ما تقدم نقله عن الشيخ من جواز الرجوع،و قد تقدمت جمله من الأخبار بلفظ الصدقه فى أحكام الوقف،و استدل به على تلك الأحكام،و منها ما هو صريح فى الوقف،و منها ما هو محتمل لذلك،و لكن الأصحاب فهموا منها الحمل على الوقف،و الذى يتلخص من النظر فى الأخبار و الجمع بينها و ان لم يذهب إليه أحد من علمائنا الأبرار هو أن الصدقه أعم من المعنى المبحوث عنه هنا،و من الوقف،و كل من الأمرين مشترط بالقبض و القربه،و عدم جواز الرجوع بعد استكمال الشروط، لكن متى قرنت بالدوام تمحضت المحمل على الوقف،أو كانت الصدقه على جهه من الجهات أو مصلحه من المصالح المتقدمه،فإنها يختص بالوقف أيضا،و ما عدا هما فهو قد تشتمل على ما تختص بالصدقه بالمعنى المبحوث عنه،و قد يكون محتملا للأمرين كما عرفت،و الله العالم.

### تنبيهات:

#### الأول [فى عدم جواز الرجوع فيما تصدق به الإنسان لوجه الله]

-قال الشيخ فى النهايه:ما تصدق به الإنسان لوجه الله تعالى لا يجوز أن يعود إليه بالبيع و الهبه و الشراء،فان رجع إليه بالميراث كان جائزا،و بنحو ذلك صرح الشيخ المفيد(عطر الله تعالى مرقده)و منع ابن إدريس من تحريم العود لعدم الدلاله عليه،فان المتصدق عليه قد ملك العين فله بيعها على من شاء من المتصدق و غيره،قال:و قد رجع فى الخلاف فقال فى كتاب الزكاه:يكره للإنسان أن يشترى ما أخرجه فى الصدقه،ثم تعجب من كلام الشيخ فى الموضعين، و ظاهر المشهور بين الأصحاب الجواز على كراهه،و عليه حمل فى المختلف كلام الشيخ،قال:لأنه يطلق لفظ لا يجوز على المكروه كثيرا.

أقول:و الذی وقفت علیه من الأخبار المتعلقه بما ذکر ما رواه

فی الکافی فی الصحیح أو الحسن عن منصور بن حازم (۱)

«عن أبی عبد الله علیه السلام قال:ان تصدقت بصدقه لم ترجع إلیک و لم تشترها الا أن تورث».

و ما رواه

الشیخ عن منصور بن حازم (۲)(قال:قال أبو عبد الله علیه السلام)

إذا تصدق الرجل بصدقه لم یحل له أن یشتریها و لا یستوهبها و لا یستردها إلا فی المیراث». و ما رواه

الشیخ عن علی بن إسماعیل عمن ذکره (۳)

«عن أبی عبد الله علیه السلام فی الرجل یخرج الصدقه یرید أن یعطیها السائل فلا یجده قال:فلیعطها غیره و لا یردها فی ماله».

و عن محمد بن مسلم (۴)فی الصحیح عن أبی جعفر علیه السلام قال:

إذا تصدق الرجل علی ولده بصدقه فإنه یرثها،و إذا تصدق بها علی وجه یجعله لله فإنه لا ینبغی له.

و عن طلحه (۵)

«عن جعفر عن أبیه علیهما السلام قال:من تصدق بصدقه ثم ردت علیه فلا یأکلها،فإنه لا شریک لله عز و جل فی شیء فیما جعل له،انما هو بمنزله العتاقه لا یصلح ردها بعد ما یعتق».

و ما رواه

فی الفقیه و التهذیب عن إسماعیل الجعفی (۶)قال:

«قال أبو جعفر علیه السلام من تصدق بصدقه فردها علیه المیراث فهی له».

و ما رواه

فی الکافی و التهذیب فی الصحیح فی الثانی عن محمد بن مسلم (۷)

«عن أحدهما علیهما السلام فی الرجل یتصدق بصدقه أ یحل له أن یرثها؟قال:نعم».

و عن أبی الجارود (۸)قال:

«أبو جعفر علیه السلام لا یشتری الرجل ما تصدق به»الحدیث.



---

۱- ۱) الکافی ج ۷ ص ۳۱ ح ۸.الوسائل ج ۱۳ ص ۳۱۹ ح ۵.

۲- ۲) التهذیب ج ۹ ص ۱۵۰ ح ۶۱.الوسائل ج ۱۳ ص ۳۱۸ ح ۱.

۳- ۳) التهذیب ج ۹ ص ۱۵۷ ح ۲۴.الوسائل ج ۱۳ ص ۳۱۷ ح ۶.

۴- ۴) التهذیب ج ۹ ص ۱۵۱ ح ۶۳.

۵- ۵) التهذیب ج ۹ ص ۱۵۲ ح ۶۹.

۶- ۶) التهذیب ج ۹ ص ۱۵۰ ح ۶۰،الفقیه ج ۴ ص ۱۸۴ ح ۲۶.

۷- ۷) الکافی ج ۷ ص ۳۲ ح ۱۵،التهذیب ج ۹ ص ۱۵۱ ح ۶۲.

۸- ۸) التهذیب ج ۹ ص ۱۳۴ ح ۱۴،و هذه الروایات فی الوسائل ج ۱۳ ص ۳۱۹ ح ۵ و ص ۳۱۸ ح ۱ و ۴ و ۲ و ص ۳۱۶ ح ۳.

و أنت خبير بأن ما هو المشهور من الجواز فی غير الميراث و ان كان علی كراهيه هو الأوفق بمقتضی الأدله العقليه،لأنه بانتقاله الی ملك المتصدق عليه تصير كسائر أمواله فی بيعه أو هبته أو نحو ذلك علی المتصدق أو غيره،لكن هذه الأخبار كما عرفت قد اتفقت من غير معارض علی المنع من ذلك.

و منها ما هو صريح فی التحريم مثل قوله لا يحل فی الروايه الثانيه معللا ذلك فی روايه طلحه بأنه لا شريك لله فيما جعل له،بمعنی أنه بعد ان أخرجها عن نفسه لله سبحانه فتصرفه فيها بعد الانتقال اليه ببيع أو هبه أو نحوهما مستلزم لذلك،و أن الصدقه بمنزله العتق لله سبحانه،لا تصلح رده لمن أعتقه بوجه من الوجوه،و ينبغی تخصيصه بغير الرد بالميراث كما دلت عليه الأخبار الباقيه، و بالجمله فالمسئله غير خاليه من شوب الأشكال.

و ظاهر كلام الشيخين انما هو التحريم،و الروايات كما تری ظاهره فيه، و لا معارض لها الا ما عرفت من الدليل العقلی،و الخروج عنها بمجرد ذلك مشكل و كم مثل ذلك فی الأخبار،ثم لا يخفی علی من جاس خلال الديار.

بقی هنا اشكال آخر أيضا و هو أن أكثر هذه الأخبار قد صرحت باستثناء الميراث من الكراهه و التحريم علی القول به،و ظاهر صحيحه محمد بن مسلم تخصيص الإرث بما إذا لم يكن تلك الصدقه علی وجه يجعله لله،فلو كانت الصدقه لله سبحانه فإنه لا ينبغی له أن يتصرف فيها بالإرث أيضا،و تقييد تلك الروايات الكثيره بهذه الروايه بأن تحمل تلك الروايات علی أن الصدقه خاليه من التقرب كما احتمله فی الوافی و جعله وجها للجمع بين الأخبار فی غايه البعد.

و كيف لا و الصدقه بدون شرط القربه غير لازمه فله الرجوع فيها شرعا فضلا أن يشتريها و يتهبها،و روايه طلحه قد عللت عدم الجواز بالتقرب فی الصدقه بمعنی أن العله فی عدم جواز اتباعها و اتهابها من حيث انه أخرجها لله سبحانه.

و بالجمله فبعده أظهر من أن يخفی علی الناظر المتأمل فی هذه الأخبار فهی مرجوعه إلی قائليها(صلوات الله عليهم)،و الله العالم.

**الثانی [تحریم الصدقه علی بنی هاشم] :**

لا خلاف بین الأصحاب(رضوان الله علیهم)فی تحریم الصدقه أعنی الزکاه المفروضه علی بنی هاشم إلا فی حال الاضطرار،و انما الخلاف هنا فی مقامین أحدهما-فی الصدقه الواجبه غیر الزکاه کالمنذوره و الکفاره و نحوهما،فظاهر إطلاق جمله من الأصحاب التحریم.

و قال فی المسالک:لا خلاف فی تحریم الصدقه الواجبه علی بنی هاشم فی الجمله عدا ما استثنی،و لکن اختلفوا فی عمومها و تخصیصها بالزکاه،و الأکثر أطلقوا کالمصنف،و کذلک ورد تحریم الصدقه من غیر تفصیل،فیعم،و لکن ظاهر جمله من الأخبار أن الحکم مختص بالزکاه،فیکون ذلک تقییدا لما أطلق منها،انتهی و هو جید.

و من الروایات التی أشار إلیها بأنها داله علی الاختصاص بالزکاه

صحیحه زراره و أبی بصیر و محمد بن مسلم (۱)

«عن أبی جعفر علیه السلام و أبی عبد الله علیه السلام قالا:قال رسول الله(صلی الله علیه و آله و سلم):ان الصدقه أو ساخ أیدی الناس،و أن الله حرم علی منها و من غیرها ما قد حرمه،فإن الصدقه لا تحل لبنی عبد المطلب» الحدیث. فان التعلیل بالأوساخ ظاهر فی الزکاه لأنها مطهره للمال.

و أصرح منها فی ذلک

صحیحه إسماعیل بن الفضل الهاشمی (۲)قال:

« سألت أبا عبد الله علیه السلام عن الصدقه التی حرمت علی بنی هاشم ما هی؟فقال:هی الزکاه قلت:فتحل صدقه بعضهم علی بعض،قال:نعم».

و روایه زید الشحام (۳)

«عن أبی عبد الله علیه السلام قال:سألته عن الصدقه التی حرمت علیهم ما هی؟فقال:الزکاه المفروضه».

و أما ما أشار إلیه من الروایات التی وردت بتحریم الصدقه من غیر تفصیل



---

۱- ۱) الکافی ج ۴ ص ۵۸ ح ۵۸،الوسائل ج ۶ ص ۱۸۶ ح ۲.

۲- ۲) الکافی ج ۴ ص ۵۹ ح ۵،الوسائل ج ۶ ص ۱۹۰ ح ۵.

۳- ۳) الوسائل ج ۶ ص ۱۹۰ ح ۴.

فمنها

صحيحه جعفر بن إبراهيم الهاشمى (۱)عن أبى عبد الله عليه السلام قال:

قلت له:

أ تحل الصدقه لبنى هاشم؟فقال:انما تلك الصدقه الواجبه على الناس لا تحل لنا، فأما غير ذلك فليس به بأس،و لو كان كذلك ما استطاعوا أن يخرجوا إلى مكه هذه المياه عامتها صدقه».

و نحوها غيرها و طريق الجمع حمل إطلاق هذه الأخبار على ما دلت عليه تلك الأخبار من التقييد بالزكاه صراحتها فى ذلك،و به يظهر ضعف قول من ذهب الى العموم،و ان نسب إلى الأكثر.

و ثانيها فى الصدقه المستحبه و المشهور بين الأصحاب(رحمهم الله الجواز) و نسبه فى المنتهى الى علمائنا،و أكثر العامه،و خالف فى التذكره فذهب الى التحريم،و قد تقدم تحقيق الكلام فى ذلك فى كتاب الزكاه (۲).

### الثالث [فى جواز الصدقه على الذمى] :

قد صرح جمله من الأصحاب بأنه تجوز الصدقه على الذمى و ان كان أجنبيا،

لقوله (۳)(صلى الله عليه و آله و سلم)

«على كل كبد حرى أجر». و لقوله تعالى (۴)«لاٰ يَنْهٰاكُمُ اللّٰهُ عَنِ الَّذِينَ لَمْ يُقٰاتِلُوكُمْ فِي الدِّينِ وَ لَمْ يُخْرِجُوكُمْ مِنْ دِيٰارِكُمْ أَنْ تَبَرُّوهُمْ» .

و هذا هو المشهور و نقل فى الدروس عن الحسن بن أبى عقيل المنع من الصدقه على غير المؤمن مطلقا،و ظاهر بعض الأصحاب أن الخلاف فى الصدقه على الذمى كالخلاف فى الوقف عليه،و قد تقدم الكلام فى الوقف عليه،و الخلاف فى ذلك.

و الذى وقفت عليه من الروايات المتعلقه بهذا المقام ما رواه

فى الكافى عن سدير الصيرفى (۵)فى الموثق قال:

«قلت لأبى عبد الله عليه السلام أطعم سائلا لا أعرفه



---

۱- ۱) الكافى ج ۴ ص ۵۹ ح ۳،الوسائل ص ۱۸۹ الباب ۳۱ ح ۳.
۲- ۲) ج ۱۲ ص ۲۱۷.

۳- ۳) هامش الجامع الصغير ج ۲ ص ۶۶،المستدرك ج ۲ ص ۵۴۶،الكافى ج ۴ ص ۵۸ و فيه ان الله يحب إبراد الكبد الحرىّ و من سقى كبدا حرى من بهيمه أو غيرها أظله الله يوم لا ظل الا ظله،الوسائل ج ۶ ص ۲۸۴ ح ۱.

۴- ۴) سوره الممتحنه-الايه ۸.

۵- ۵) الكافى ج ۴ ص ۱۳ ح ۱،الوسائل ج ۶ ص ۲۸۸ ح ۳.

مسلما؟فقال:نعم أعط من لا تعرفه بولايه و لا عداوه للحق ان الله تعالى يقول:

«وَ قُولُوا لِلنّاسِ حُسْناً» و لا تطعم من نصب لشیء من الحق،أو دعا إلى شیء من الباطل».

و هذه الروايه ظاهره فی جواز إعطاء المستضعفين الذين هم أحد أفراد المسلمين، و هم أكثر الناس فی الصدر الأول،و قوله فی الخبر لا ـ أعرفه مسلما أی مؤمنا،و قد حققنا فی جمله من زبرنا و كتبنا سيما كتاب الشهاب الثاقب،ان الناس فی زمنهم عليهم السلام كانوا على أصناف ثلاثه مؤمن و كافر و مسلم،و الأول من عرف الإمامه و دان بها، و الثانی من جحدها و أنكرها،و الثالث من جهلها و يعبر عنه فی الاخبار بمن لا يعرف و لا ينصب،كما يشير اليه هذا الخبر،و يؤيد ما قلناه ما رواه

فی الكافی عن المعلى بن خنيس (۱)

«قال خرج أبو عبد الله عليه السلام فی ليله قد رشت،و هو يريد ظله بنی ساعده ما تبعته فإذا هو قد سقط منه شیء فقال:بسم الله،اللهم رد علينا قال فأتيته و سلمت عليه،فقال:معلى قلت:نعم جعلت فداك فقال:التمس بيدك،فما وجدت من شیء فادفعه إلی فإذا أنا بخبز منتشر كثير فجعلت ادفع اليه ما وجدت،الى ان قال فأتينا بنی ساعده فإذا نحن بقوم نيام فجعل يدس الرغيف و الرغيفين حتى اتى على آخرهم،ثم انصرف،فقلت:جعلت فداك،يعرف هؤلاء الحق؟فقال:لو عرفوا لواسيناهم بالدقه و الدقه هی الملح»الحديث،. فان هؤلاء المذكورين ممن أشرنا إليهم بأنهم من المسلمين الذين لا يعرفون و لا ينصبون،و فی هذين الخبرين رد لما تقدم نقله،عن ابن أبی عقيل من منع الصدقه على غير المؤمن.

و منها ما رواه

فی الكافی (۲)عن عمرو بن ابی نصر،قال:

«قلت لأبی عبد الله عليه السلام ان أهل السواد يقتحمون علينا و فيهم اليهود و النصارى و المجوس، فنتصدق عليهم قال:نعم. و هذا الخبر دال على ما هو المشهور بين الأصحاب عليه السلام مما قدمنا ذكره،و فيه رد على ابن أبی عقيل أيضا.

ص:۲۷۲

---

۱- ۱) الوسائل ج ۶ ص ۲۸۴ ح ۱.الكافی ج ۴ ص ۸ ح ۳.
۲- ۲) الكافی ج ۴ ص ۱۴ ح ۳.

و ما رواه فی الکافی عن عبد الله بن الفضل النوفلی (۱)عن أبیه عن ابی عبد الله علیه السلام

و رواه الصدوق مرسلا عن ابی عبد الله علیه السلام

«انه سئل عن السائل یسأل و لا یدری ما هو،فقال:أعط من وقعت له الرحمه فی قلبک،و قال:أعط دون الدرهم،قلت أکثر ما یعطی؟قال أربعه دوانیق». و فیه رد لما ذهب الیه ابن ابی عقیل ایضا.

و ما رواه

فی الکافی،عن منهال القصاب (۲)قال:

«قال أبو عبد الله علیه السلام أعط الکبیر و الکبیره و الصغیر و الصغیره و من وقعت له فی قلبک رحمه و إیاک و کل و قال بیده و هزها».

و المستفاد من هذه الأخبار هو جواز الصدقه علی غیر المؤمن من ذمی و غیره،و لکن یعطی کما یعطی المؤمن و انما یعطی بقدر دفع الضروره،و قوله فی هذا الخبر:و إیاک و کل یعنی و کل ما تعطیه غیره من المؤمنین،فهو فی معنی الخبر الذی قبله،و الله العالم.

### الرابع [فی استفاضه الأخبار بالحث علی التصدق] :

قد استفاضت الأخبار بالحث علی التصدق و ما فیه من عظیم الأجر و دفع البلاء و جلب الرزق

فروی فی الکافی فی الصحیح (۳)

«عن زراره عن سالم بن أبی حفصه عن ابی عبد الله علیه السلام قال:ان الله تعالی یقول ما من شیء إلا و قد وکلت به من یقبضه غیری إلا الصدقه فإنی أتلقفها بیدی تلقفا حتی ان الرجل یتصدق بالتمره أو بشق التمره،قال:فأربیها له کما یربی الرجل فلوه و فصیله فیأتی یوم القیامه و هو مثل أحد أو أعظم من أحد».

و روی فی الکافی و الفقیه مسندا فی الأول عن إسحاق بن غالب (۴)عمن حدثه عن ابی جعفر علیه السلام و مرسلا فی الثانی عن ابی جعفر علیه السلام قال

البر و الصدقه ینفیان الفقر و یزیدان فی العمر و یدفعان عن صاحبهما سبعین میته السوء.

قال فی الکافی و فی

۱- ۱) الکافی ج ۴ ص ۱۴ ح ۲،الفقیه ج ۲ ص ۳۹ ح ۱۶.

۲- ۲) الکافی ج ۱۴ ص ۲ باب الصدقه علی أهل البوادی.

۳- ۳) الکافی ج ۴ ص ۴۷ ح ۶.

۴- ۴) الکافی ج ۴ ص ۲ ح ۲،الفقیه ج ۲ ص ۳۷ ح ۲ و هـذه الروایات فی الوسائل ج ۶ ص ۲۸۹ ح ۶ و ص ۲۸۸ ح ۴ و ص ۲۸۳ ح ۳ و ص ۲۵۵ ح ۴.

خبر آخر و يدفعان عن شيعتى ميته السوء. الى غير ذلك من الاخبار الكثيره المذكوره فى الكتب الأربعه و غيرها.

**الخامس [فى أفضليه الصدقه سرا] :**

الأفضل فى الصدقه ان تكون سرا و هل هو مخصوص بالمندوبه أو يشمل الواجبه؟المشهور الأول،و استثنى بعضهم من أفضليه الأسرار بها ان لا يكون منهما بترك المواساه فان إظهارها أفضل دفعا للتهمه،و الذى يدل على أفضليه السر قوله سبحانه «وَ إِنْ تُخْفُوهٰا وَ تُؤْتُوهَا الْفُقَرٰاءَ فَهُوَ خَيْرٌ لَكُمْ» (۱).

و ما رواه

فى الكافى عن القداح (۲)،عن أبى عبد الله عليه السلام عن أبيه عليهما السلام قالا:

قال رسول الله(صلى الله عليه و آله و سلم):

صدقه السر تطفئ غضب الرب،.

و عن عمار الساباطى (۳)قال:قال لى أبو عبد الله عليه السلام:

يا عمار الصدقه و الله فى السر أفضل من الصدقه فى العلانيه،و كذلك و الله العباده فى السر أفضل منها فى العلانيه.

و ظاهر الآيه مع هذه الاخبار هو أفضليه السر مطلقا و إليها استند من قال بالعموم،إلا انه

روى فى الكافى أيضا عن ابن بكير فى الموثق (۴)عن رجل عن ابى جعفر عليه السلام فى قوله تعالى

«إِنْ تُبْدُوا الصَّدَقٰاتِ فَنِعِمّٰا هِيَ» قال يعنى الزكاه المفروضه قال:قلت «وَ إِنْ تُخْفُوهٰا وَ تُؤْتُوهَا الْفُقَرٰاءَ فَهُوَ خَيْرٌ لَكُمْ» قال:يعنى النافله انهم كانوا يستحبون إظهار الفرائض و كتمان النوافل،.

و عن إسحاق بن عمار (۵)فى الموثق عن ابى عبد الله عليه السلام فى قول الله عز و جل

«وَ إِنْ تُخْفُوهٰا وَ تُؤْتُوهَا الْفُقَرٰاءَ فَهُوَ خَيْرٌ لَكُمْ» فقال هى سوى الزكاه فإن الزكاه علانيه غير سر.

و عن ابى بصير (۶)فى الموثق عن ابى عبد الله عليه السلام قال:

و كل ما فرض الله عليك فإعلانه أفضل من إسراره،



---

۱- ۱) سوره البقره-الايه ۲۷۱.

۲- ۲) الکافی ج ۴ ص ۷ ح ۱.الوسائل ج ۶ ص ۲۷۵ ح ۲.

۳- ۳) الکافی ج ۴ ص ۸ ح ۲ من باب فضل صدقه السر.الوسائل ج ۶ ص ۲۷۵ ح ۳.

۴- ۴) الکافی ج ۴ ص ۶۰ ح ۱.الوسائل ج ۶ ص ۲۱۵ ح ۳.

۵- ۵) الکافی ج ۴ ص ۵۰۲ ح ۱۷.الوسائل ج ۶ ص ۲۱۵ ح ۲.

۶- ۶) الکافی ج ۴ ص ۴۹۹ ح ۹.الوسائل ج ۶ ص ۲۱۵ ح ۱.

و ما کان تطوعا فإسراره أفضل من إعلانه،و لو ان رجلا حمل زکاه ماله علی عاتقه فقسمها علانیه کان ذلک حسنا جمیلا.

و ما رواه

العیاشی فی تفسیره (۱)

«عن الحلبی عن أبی عبد الله علیه السلام قال:سئلته عن قول الله: وَ إِنْ تُخْفُوهٰا وَ تُؤْتُوهَا الْفُقَرٰاءَ فَهُوَ خَیْرٌ لَکُمْ ،قال لیس تلک الزکاه و لکنه الرجل یتصدق لنفسه الزکاه علانیه لیس بسر».

و من هذه الأخبار یظهر تخصیص الآیه و ما فی معناها من الأخبار بالصدقه المندوبه،و یظهر ضعف القول بالعموم،و اما ما ذکروه من استحباب الإظهار فی المندوبه لدفع التهمه عن نفسه بترک المواساه،و کذا ما ذکره فی المسالک من استحباب الإظهار أیضا لمتابعه الناس له فی ذلک و اقتدائهم به لما فیه من التحریص علی نفع الفقراء فلم أقف فیه علی دلیل،و إطلاق هذه الأخبار یدفعه،و تخصیصها بهذه التعلیلات العقلیه غیر مقول،و علل الإخفاء و الاستتار فی المندوبه بأنه أبعد من تطرق الریاء،و لا بأس به بان یجعل وجها لما دلت علیه النصوص،نعم ما ذکروه من استحباب الإعلان فی الصورتین المذکورتین جید فی الواجبه التی یستحب الإعلان بها،و یکون ذلک وجها للنصوص الداله علی الإعلان فیها،و الله العالم.

## المقصد الثالث فی الحبس و السکنی و الرقبی و العمری:

### اشاره

اعلم أن انتقال المنفعه إلی الغیر إما علی وجه اللزوم أم لا،و الثانی فی العاریه و الأول اما مع خروج العین عن الملک أم لا،و الأول الوقف،و الثانی إما بعوض أم لا،و الأول الإجاره،و الثانی العمری التی هی محل البحث هنا،و منه یظهر أن ثمرتها هو التسلیط علی المنفعه مجانا مع بقاء الملک لمالکه.

ثم أنه ینبغی أن یعلم أن الاختلاف فی هذه الألفاظ اعتباری بحسب اختلاف ما تضاف،و المرجع إلی أمر واحد،فإذا قرنت بالإسکان قیل سکنی،و إذا قرنت



---

۱- ۱) تفسیر العیاشی ج ۱ ص ۱۵۱ ح ۴۹۹،الوسائل ج ۶ ص ۲۱۶ ح ۹.

بـالعمر من المالـك أو السـاكن قيـل عمرى،و إذا قرنت بمـده معينه قيل رقبى،من ارتقاب المـده و خروجها أو رقبه الملك،و قد يقترن بـاثنين منهـا كأن يقول أسـكنتك هـذه الـدار مـده عمرك،فيقال سـكنى لاقترانها بالإسـكان،و عمرى لاقترانها بالعمر و لو قال:أسـكنتكها مده كذا و كذا،قيل:سـكنى و رقبى،و لو قال:أرقبتكها تحققت الرقبى خاصه،و تنفرد السـكنى فيما لو أسكنه إياها مطلقا و تنفرد العمرى فيما لو كان للعمر فى غير مسكن.

قالوا:و هى يعنى السـكنى عقـد يشـتمل على الإيجاب و القبول و القبض، و فائـدتها التسـليط على استيفاء المنفعه مع بقاء الملك على مالكه.

أقول:و قـد تقـدم الكلام فى العقد و ما اشترطوه فيه فى غير مقام،و يؤيده ما سـيظهر لك ان شاء الله تعالى من الأخبار الوارده فى المقام.

قالوا:و العباره عن العقـد أن يقول:أسـكنتك أو أعمرتك أو أرقبتك أو ما جرى مجرى ذلك هـذه الـدار و هـذه الأرض أو هذا المسكن عمرك أو عمرى أو مده معينه،و الواجب أولا نقل الأخبار الوارده فيما يتعلق بهذا الباب ثم الرجوع الى كلام الأصحاب و عرضه عليها ليتميز القشر من اللباب بتوفيق الملك الوهاب، و بركه أهل الذكر الأطياب.

[الأخبار الوارده فى المقام]

الأول-ما رواه

المشايخ الثلاثه عن حمران (۱)قال:

«سألته عن السـكنى و العمرى فقال:ان الناس فيه عنـد شـروطهم،ان كان شـرطه حياته سـكن حياته و ان كان لعقبه فهو لعقبه كما شرط حتى يفنوا ثم يرد الى صاحب الدار».

الثانى-ما رواه

فى الكافى و التهذيب عن أبى الصباح الكنانى (۲)عن أبى عبد الله عليه السلام قال:

«سئل عن السكنى و العمرى فقال:ان كان جعل السكنى فى



---

۱- ۱) الكافى ج ۷ ص ۳۳ ح ۲۱،التهذيب ج ۹ ص ۱۳۹ ح ۵۸۷،الفقيه ج ۴ ص ۱۸۶ ح ۶۵۲،الوسائل ج ۱۳ ص ۳۲۵ ح ۱.
۲- ۲) الكافى ج ۷ ص ۳۳ ح ۲۲،التهذيب ج ۹ ص ۱۴۰ ح ۵۸۸،الوسائل ج ۱۳ و ص ۳۲۶ ح ۱.

حیاته فهو کما شرط،و ان کان جعلها له و لعقبه من بعده حتی یفنی عقبه فلیس لهم إن یبیعوا و لا یورثوا ثم ترجع الدار الی صاحبها الأول».

الثالث-ما رواه

المشایخ الثلاثه(عطر الله مراقدهم)عن أحمد بن عمر الحلبی (۱)عن أبیه فی الموثق عن أبی عبد الله علیه السلام قال:

«سألته عن رجل أسکن رجلا داره حیاته قال:یجوز له و لیس له أن یخرجه،قلت:فله و لعقبه؟قال:

یجوز».

و

سألته عن رجل أسکن رجلا و لم یوقت له شیئا قال یخرجه صاحب الدار إذا شاء».

الرابع-ما رواه

فی الکافی و التهذیب عن الحلبی (۲)فی الصحیح أو الحسن عن أبی عبد الله علیه السلام

«فی الرجل یسکن الرجل داره و لعقبه من بعده،قال:یجوز لهم و لیس لهم أن یبیعوا و لا یورثوا،قلت:فرجل اسکن رجلا داره حیاته؟قال یجوز ذلک،قلت:فرجل أسکن رجلا داره و لم یوقت؟قال:جائز و یخرجه إذا شاء».

الخامس-ما رواه

المشایخ الثلاثه فی الصحیح أو الحسن عن الحسین بن نعیم (۳)

«عن أبی الحسن موسی علیه السلام قال:سألته عن رجل جعل داره سکنی لرجل«ابان»حیاته أو جعلها له و لعقبه من بعده قال:هی له و لعقبه من بعده کما شرط،قلت:فان احتاج الی بیعها یبیعها قال:نعم،قلت:فینقض بیعه الدار السکنی؟قال:لا ینقض البیع السکنی،کذلک سمعت أبی علیه السلام یقول:قال أبو جعفر علیه السلام لا ینقض البیع الإجاره و لا السکنی،و لکن یبیعه علی أن الذی



---

۱- ۱) الکافی ج ۷ ص ۳۴ ح ۲۴،التهذیب ج ۹ ص ۱۴۰ ح ۵۸۹،الفقیه ج ۴ ص ۱۸۶ ح ۶۵۱.

۲- ۲) الکافی ج ۷ ص ۳۴ ح ۲۵،التهذیب ج ۹ ص ۱۴۰ ح ۵۹۰.

۳- ۳) الکافی ج ۷ ص ۳۸ ح ۳۸،التهذیب ج ۹ ص ۱۴۱ ح ۵۹۳ و فیه«أیام» الفقیه ج ۴ ص ۱۸۵ ح ۶۴۹. و هذه الروایات فی الوسائل ج ۱۳ ص ۳۲۷ ح ۲ و ص ۳۲۶ ح ۲ و ص ۳۲۵ ح ۲.

یشتریه لا یملک ما اشتری حتی ینقضی السکنی علی ما شرط و الإجاره،قلت:

فان رد علی المستأجر ماله و جمیع ما لزمه من النفقه و العماره فیما استأجره؟قال:

علی طیبه النفس و یرضی المستأجر بذلک لا بأس».

السادس-ما رووه أیضا

عن خالد بن نافع البجلیّ (۱)عن أبی عبد الله علیه السلام قال:

«سألته عن رجل جعل لرجل سکنی دار له مده حیاته یعنی صاحب الدار، فلما مات صاحب الدار أراد ورثته أن یخرجوه أ لهم ذلک؟قال:فقال:أری أن تقوم الدار بقیمه عادله و ینظر الی ثلث المیت،فان کان فی ثلثه ما یحیط بثمن الدار فلیس للورثه أن یخرجوه،و ان کان الثلث لا یحیط بثمن الدار فلهم أن یخرجوه قیل له:أ رأیت ان مات الرجل الذی جعل له السکنی بعد موت صاحب الدار یکون السکنی لعقب الذی جعل له السکنی؟قال:لا».

السابع-ما رواه

فی التهذیب فی الصحیح عن محمد بن قیس (۲)

«عن أبی جعفر علیه السلام عن أمیر المؤمنین علیه السلام أنه قضی فی العمری انها جائزه لمن أعمرها، فمن أعمر شیئا ما دام حیا فإنه لورثته إذا توفی».

الثامن-ما رواه

فی الکافی و التهذیب عن یعقوب بن شعیب فی الصحیح (۳)

«عن أبی عبد الله علیه السلام قال:سألته عن الرجل یکون له الخادم تخدمه فیقول:هی لفلان تخدمه ما عاش،فإذا مات فهی حره فتأبق الأمه قبل أن یموت الرجل بخمس سنین أو سته ثم یجدها ورثته،أ لهم ان یستخدموها قدر ما أبقت؟قال:إذا مات الرجل فقد عتقت».



---

۱- ۱) الکافی ج ۷ ص ۳۸ ح ۳۹،التهذیب ج ۹ ص ۱۴۲ ح ۵۹۴،الفقیه ج ۴ ص ۱۸۶ ح ۶۵۰،الوسائل ج ۱۳ ص ۳۳۱ ح ۱.
۲- ۲) التهذیب ج ۹ ص ۱۴۳ ح ۵۹۵.
۳- ۳) الکافی ج ۷ ص ۳۴ ح ۲۳،التهذیب ج ۹ ص ۱۴۳ ح ۵۹۶. و هما فی الوسائل ج ۱۳ ص ۳۳۲ ح ۲ و ص ۳۳۰ ح ۲.

التاسع-ما رواه

الشيخ فی التهذیب عن محمد بن مسلم (۱)قال:

«سألت أبا جعفر علیه السلام عن رجل جعل لذات محرم جاریته حیاتها قال:هی لها علی النحو الذی قد قال».

العاشر-ما رواه

فی التهذیب و الفقیه عن علی بن معبد (۲)قال:

«کتب الیه محمد بن أحمد بن إبراهیم بن محمد سنه ثلاث و ثلاثین و مائتین یسأله عن مات و خلف امرأه و بنین و بنات و خلف لهم غلاما أوقفه علیهم عشر سنین ثم هو حر بعد العشر سنین فهل یجوز لهؤلاء الورثه بیع هذا الغلام و هم مضطرون إذا کان علی ما وصفته لک جعلنی الله فداک؟فکتب علیه السلام لا یبیعوه الی میقات شرطه الا ان یکونوا مضطرین الی ذلک فهو جائز لهم».

الحادی عشر-ما رواه

المشایخ الثلاثه(قدس الله تعالی أرواحهم)فی الصحیح فی بعض أسانیدهم عن ابن أذینه (۳)قال:

«کنت شاهد ابن أبی لیلی فقضی فی رجل جعل لبعض قرابته غله داره و لم یوقف وقتا فمات الرجل فحضر ورثته ابن أبی لیلی و حضر قرابه الذی جعل له غله الدار فقال ابن أبی لیلی:أری أن أدعها علی ما ترکها صاحبها فقال له محمد بن مسلم الثقفی:أما ان علی بن أبی طالب علیه السلام قد قضی فی هذا المسجد بخلاف ما قضیت،فقال:و ما علمک؟فقال:سمعت أبا جعفر محمد بن علی علیهما السلام یقول:قضی علی بن أبی طالب علیه السلام برد الحبیس و إنفاذ المواریث،فقال:ابن أبی لیلی هذا عندک فی کتاب؟قال:نعم قال فأرسل الیه و ائتنی به،فقال له محمد بن مسلم:علی أن لا تنظر فی الکتاب الا فی ذلک الحدیث قال:لک ذلک،فأراه الحدیث عن أبی جعفر علیه السلام فی الکتاب فرد قضیته».



---

۱- ۱) التهذیب ج ۹ ص ۱۴۳ ح ۵۹۷.

۲- ۲) التهذیب ج ۹ ص ۱۳۸ ح ۵۸۱،الفقیه ج ۴ ص ۱۸۱ ح ۶۳۴.

۳- ۳) التهذیب ج ۹ ص ۱۴۰ ح ۵۹۱،الکافی ج ۷ ص ۳۴ ح ۲۷ الفقیه ج ۴ ص ۱۸۱ ح ۶۳۵. و هذه الروایات فی الوسائل ج ۱۳ ص ۳۳۰ ح ۱ و ص ۳۲۷ ح ۳ و ص ۳۲۸ ح ۱.

الثانی عشر-ما رواه

فی الکافی و الفقیه عن عبد الرحمن الجعفی (۱)قال

کنت اختلف الی ابن أبی لیلی فی مواریث لنا لیقسمها و کان فیه حبیس فکان یدافعنی فلما طال شکوته الی أبی عبد الله علیه السلام فقال:أو ما علم أن رسول الله(صلی الله علیه و آله و سلم)أمر برد الحبیس و إنفاذ المواریث،قال:فأتیته ففعل کما کان یفعل فقلت له:انی شکوتک الی جعفر بن محمد علیه السلام فقال لی:کیت و کیت قال:

فحلفنی ابن أبی لیلی أنه قد قال ذلک،فحلفت له فقضی لی بذلک».

الثالث عشر-ما رواه

عبد الله بن جعفر الحمیری فی کتاب قرب الاسناد عن السندی بن محمد عن أبی البختری (۲)

«عن جعفر عن أبیه عن علی علیهم السلام أن السکنی بمنزله العاریه،ان أحب صاحبها أن یأخذها أخذها،و ان أحب ان یدعها فعل أی ذلک شاء».

هذا ما وقفت علیه من الأخبار المتعلقه بهذا المقام إذا عرفت ذلک، فالکلام هنا یقع فی مواضع:

### الأول [هل یکتفی بمجرد التراضی أم یحتاج إلی العقد؟] :

قد عرفت مما أشرنا إلیه آنفا أن ظاهر الأصحاب أنه لا بد فی هذه المعامله من عقد مشتمل علی الإیجاب و القبول کغیره من العقود،قالوا:

و العباره عن العقد أن یقول:أسکنتک و أعمرتک و أرقبتک أو ما جری مجری ذلک هذه الدار و هذه الأرض أو هذا المسکن عمری أو عمرک،أو مده معینه.

أقول المفهوم من ظاهر الأخبار المذکوره الاکتفاء بمجرد التراضی علی ذلک،و الإتیان بمجرد ما یفهم منه المقصود،مثل قوله فی الحدیث الثامن«هی لفلان تخدمه ما عاش»،و فی الحدیث التاسع جعل لذات محرم جاریته فإنه لیس هنا عقد زیاده علی ذلک،و نحوهما ظاهر الحدیث الثالث و الرابع و الخامس،فإن



---

۱- ۱) الکافی ج ۷ ص ۳۵ ح ۲۸ عن عبد الرحمن الخثعمی،التهذیب ج ۹ ص ۱۴۱ ح ۵۹۲،الفقیه ج ۴ ص ۱۸۲ ح ۶۳۶،الوسائل ج ۱۳ ص ۳۲۹ ح ۲.
۲- ۲) الوسائل ج ۱۳ ص ۳۲۸ ح ۳،قرب الاسناد ص ۶۹.

ظاهرها مجرد الاذن فى السكنى و ليس هنا عقد غير ذلك،و لا قبول بالكليه بالمعنى الذى أرادوه غير مجرد الرضى بذلك،و هذا هو المفهوم من الأخبار بالنسبه إلى سائر العقود أيضا كما تقدم التنبيه عليه فى غير موضع.

و بالجمله فإن دائره الأمر فى العقود أوسع مما ضيقوه و سهوله الأمر فى ذلك أظهر مما شرطوه و ان كان الوقوف على ما ذكروه هو الأولى.

### الثانى [فى اللزوم بالقبض و عدمه] :

لا خلاف فى أنه لا يلزم شيء منها قبل القبض،و اختلفوا فى أنه هل تلزم بالقبض المشهور ذلك،و قيل:بالعدم،لأصاله بقاء الملك لمالكه،فهى كالعاريه،و حينئذ تلزم ان قرنت بالقربه،و الا فلا،لأنه فى معنى الهبه المعوضه، و هذان القولان الأخيران نقلهما الأصحاب فى كتب الاستدلال بلفظ قيل:و لم يصرحوا بالقائل،و لا ريب فى ضعفهما لدلاله الأخبار المذكوره على اللزوم بعد حصول القبض كالحديث الأول و قوله فيه«الناس عند شروطهم»إلى أن قال:

«فهو لعقبه كما شرط حتى يفنوا ثم يرد الى صاحب الدار»فإنه ظاهر،بل صريح فى وجوب الوفاء بما اشترط،و أنه ليس لصاحب الدار التصرف الا بعد فنائهم، الحديث الثانى و الثالث،و فيه تصريح بأنه ليس لصاحب الدار أن يخرجه، و معنى الجواز فى هذه الأخبار الصحيحه يعنى أنه يصح له التصرف و الخبر المذكور صريح فى اللزوم،و مثل ذلك الحديث الخامس حكم فيه بأن البيع لا ينقض السكنى بمعنى أنها لازمه لا يوجب البيع نقضها،و يؤكده جعلها فى قرن الإجاره التى لا إشكال فى لزومها،و بالجمله فإن القولين المذكورين ضعيفان لا يلتفت إليهما،و مما ذكرنا يعلم أن القبض شرط فى لزومها و بذلك صرح الأصحاب أيضا.

### الثالث [حكم السكنى بعد موت الساكن] :

لو قال:لك سكنى هذه الدار ما بقيت و حييت،يعنى الساكن فإنه لا اشكال و لا خلاف ظاهرا فى أنه بعد موت الساكن ترجع الدار إلى من أسكنه أو إلى ورثته ان مات،و على ذلك تدل جمله من الاخبار المتقدمه كالخبر

الأول و الثانی،فإنهما ظاهران فی وجوب العمل بالشرط،و أنه بعد انقضاء الشرط ان کان بالنسبه إلی الساکن أو مع ورثته ترجع الدار إلی صاحبها الأول.

و قال المحقق فی الشرائع:و لو قال لک سکنی هذه الدار ما بقیت أو حییت جاز،و یرجع الی المسکن بعد الساکن علی الأشبه،أما لو قال:فإذا متّ رجعت إلی،فإنها ترجع قطعا،انتهی.

و نسبه القول المذکور إلی الأشبه مؤذن بالخلاف فی ذلک،و الظاهر أن منشأ ذلک ما ذکره الشیخ فی المبسوط حیث نقل فی أصل المسئله قولین بالصحه و البطلان،ثم نقل عن القائلین بالصحه أنهم اختلفوا فذهب قوم منهم إلی أنها للمعمر مده بقائه،و لورثته من بعده،و قال آخرون منهم:أنه إذا مات رجعت إلی المعمر أو إلی ورثته ان کان مات،قال:و هذا هو الصحیح علی مذهبنا.

و أنت خبیر بأن الظاهر أن الخلاف الأول و الثانی إنما هو للعامه لما علم من عاده الشیخ فی الکتاب المذکور و یشیر إلی ذلک قوله أخیرا و هذا هو الصحیح علی مذهبنا،فإنه ینقل أقوال العامه و یختار منها ما یوافق مذهبه،و أخبارنا المتقدمه ظاهره بل صریحه فی بطلان هذه الأقوال المذکوره عدا ما ذکرنا من الانتقال إلی المالک بعد انقضاء مده الإسکان ان قرن بمده،أو موت الساکن ان قرن بحیاته،ثم ان المفهوم من کلام الأصحاب و علیه تدل الأخبار المتقدمه أنه متی قرن السکنی بعمر الساکن خاصه أو مع عقبه فإنه بعد موت الساکن أو الجمیع یرجع ذلک المسکن إلی المالک،و نقل عن الشیخ فی المبسوط عدم الانتقال لو شرط العقب بعده.

قال فی الدروس:و لو قال:هی لک عمرک و لعقبک لم یملکها المعمر،بل ترجع بعد موت العقب الی المالک،و ظاهر الشیخ عدم رجوعها لخبر جابر عن النبی(صلی الله علیه و آله و سلم)،انتهی.

أقول و الخبر المذکور هو ما رواه

جابر أن النبی(صلی الله علیه و آله و سلم)

قال: أيما رجل أعمر عمری له و لعقبه فإنما هی للذی یعطاها،لا ترجع إلی الذی أعطاها،فإنه أعطی عطاء وقعت فیه المواریث» (۱). و أنت خبیر بأن هذا الخبر غیر موجود فی کتب أخبارنا،و الظاهر أنه عامی.

و کیف کان فالقول المذکور ضعیف مردود بالأخبار المتقدمه،کالخبر الأول و الثانی فإنهما صریحان فی الرجوع إلی صاحب الدار بعد فناء العقب، و قوله انه لیس للعقب أن یبیعوا و لا یورثوا أظهر فی عدم الملک.

و بالجمله فإن المفهوم من الأخبار المتقدمه تصریحا فی بعض و تلویحا فی آخر أنه لا فرق فی رجوع المعطی بأحد الوجوه المذکوره إلی المالک بین أن یعلق علی عمر أحدهما أو علی عقب المعمر بعده،بأن یجعل المنفعه لهم بعده مده عمرهم،أو لبعض معین منهم،أو جعله له مده،ثم لعقبه مده معینه مخصوصه، فیکون حینئذ مرکبا من العمری و الرقبی،ثم بعد انقضاء المده المعینه یرجع إلی المالک،و إلی جمیع ذلک یشیر قوله فی الخبر الأول«الناس فیه عند شروطهم»، و الله العالم.

### الرابع [فی انتقال الحق إلی الورثه مده حیاه المالک لو قرن السکنی بعمره] :

لا خلاف بین الأصحاب فی أنه لو قرن السکنی بعمر المالک ثم مات الساکن قبل المالک فإنه ینتقل الحق إلی ورثته مده حیاه المالک،کغیره من الحقوق و الأملاک التی یرثها الوارث،إنما الخلاف فیما لو قرنت بعمر المعمر و هو الساکن ثم مات المالک قبله،فالمشهور أنه لا یجوز لورثه المالک إزعاج المعمر و إخراجه ما دام حیا،لأن الأصل فی العقد اللزوم،و هو قد استحق بالعقد المنفعه مده حیاته،حیث أنها قرنت بعمره،و قد دل الخبر الأول کما عرفت«الناس عند شروطهم»و مقتضی الشرط هنا ما ذکرناه.

و یدل علیه أیضا قوله فی الخبر الثانی ان کان جعل السکنی فی حیاته فهو کما شرط،فان الضمیر راجع إلی الساکن بقرینه قوله بعده«و ان کان جعلها له



---

۱- ۱) المستدرک ج ۲ ص ۵۱۵ ح ۴.

و لعقبه»و هو أعم من أن يموت المالك أو يبقى.

و ذهب ابن الجنيد إلى تفصيل فى ذلك،فقال:إذا أراد ورثه المالك إخراج الساكن بعد موت المالك نظر إلى قيمه الدار،فان كانت تحيط بثلث الميت لم يكن لهم إخراجه،و ان كان ينقص عنها كان ذلك لهم.

و يدل على ما ذهب إليه الخبر السادس حيث فصل فيه كما ذكره،قال الشيخ فى كتابى الأخبار بعد إيراد الخبر المذكور ما تضمن هذا الخبر من قوله«يعنى صاحب الدار،فإنه غلط من الراوى و هم منه فى التأويل،لأن الأحكام التى ذكرها بعد ذلك إنما تصح إذا كان قد جعل السكنى حياه من جعل له السكنى فحينئذ يقوم و ينظر باعتبار الثلث و زيادته و نقصانه.

و أما إذا جعل السكنى حياه صاحب الدار فإنه يبطل السكنى بموته و لم يحتج إلى تقويمه و اعتبار الثلث و ربما أوهم هذا الكلام منه موافقته لابن الجنيد مما ذهب إليه،الا أن الظاهر أنه إنما أراد به بيان بطلان هذا التأويل،بناء على ما اشتملت عليه الروايه من هذا الحكم،و أنه لا يتمشى هذا الحكم المذكور فيهما الا على تقدير كون التعمير بمده عمر الساكن،لا صاحب الدار،لأنه لا خلاف و لا إشكال فى البطلان بموت صاحب الدار إذا قرنت بعمره،و ربما حمل صاحب الدار فى الخبر على الساكن فإنه صاحب فى الجمله لملكه المنافع مده حياته-و ان بعد، الا أنه لا بأس به فى مقام التأويل جمعا بين الأدله،ثم ان الأصحاب قد ردوا هذه الروايه بضعف السند،و اضطراب المتن.

قال فى الدروس:و قال ابن الجنيد(رحمه الله عليه):يعتبر خروجها من الثلث لروايه خالد بن نافع عن الصادق عليه السلام و فى متنها اضطراب،و قال فى المسالك:

ان فى سندها جهالا و ضعفاء،و متنها خللا يمنع من الاستناد إليها،فالمذهب هو المشهور.

أقول:و لعل الخلل المشار إليه منشؤه أن التفصيل بالخروج من الثلث

و عدمه إنما هو فيما إذا كان ذلک فی مرض الموت لا فی حال الصحه،و المفروض فی الخبر لا دلاله فیه،و لا إشاره إلی أن ذلک کان فی المرض،فیصیر الخبر بذلک مضطربا و مختلا لخروجه عن مقتضی القواعد الشرعیه،و الأصول المرعیه.

و من ذلک یظهر أن العمل علی القول المشهور لتأییده بما قدمناه من الأخبار و موافقته القواعد المقرره،و ضعف هذا الخبر سندا و متنا کما عرفت،و الله العالم.

### الخامس [فی حکم الاقتران بعمر الأجنبی] :

الموجود فی کلام الأصحاب و کذا فی الأخبار فی الاقتران بالعمر هو عمر المالک،أو عمر الساکن وحده أو مع عقبه،و هل یتعدی الحکم إلی غیرهم، فیقرن بعمر أجنبی اشکال،قال فی المسالک:یحتمل العدم،و هو الذی أفتی به الشهید فی قواعده،للأصل و عموم الأمر بالوفاء بالعقود (۱)،

و

«أن المؤمنین عند شروطهم» (۲)، و هذا من جملته،و لصدق اسم العمری فی الجمله،المدلول علی مشروعیتها فی بعض الأخبار من غیر تقیید بعمر أحدهما،و هذا لا بأس به،و یحتمل عدم التعدی إلی غیر ما نص علیه،لاشتمال هذا العقد علی جهاله من حیث عدم العلم بغایه وقت المنفعه المستحقه،و الأصل یقتضی المنع فی غیر محل الوفاق.

و یتفرع علی الأول حکم ما لو مات أحدهما فی حیاه من علقت بعمره،فإن کان المیت المالک فالحکم کما لو مات فی حیاه المعمر،و ان کان المعمر رجعت إلی المالک و لو مات من علقت علی عمره عادت إلی المالک أیضا مطلقا،عملا بالشرط،انتهی.

أقول:الظاهر أن الأقرب هو الثانی،لأن الحکم بانتقال الملک عن مالکه عینا کان أو منفعه یتوقف علی ناقل شرعی،و لم یرد من الشارع ما یدل علی هذه الصوره،لیصح ترتب النقل علیها،و الاحتجاج بالأصل مدفوع بأن الأصل العدم حتی یقوم دلیل علی جواز ذلک،و عموم الأمر بالوفاء بالعقود متوقف علی مشروعیه العقد و ثبوته عن الشارع،فالاستدلال به لا یخرج عن المصادره

«و المؤمنون عند شروطهم». غایه ما یفیده الإباحه،و الکلام فی لزوم ذلک بحیث لا یجوز له الرجوع



---

۱- ۱) سوره المائده الآیه ۱.

۲- ۲) الوسائل ج ۱۵ ص ۳۰ ح ۴.،التهذیب ج ۷ ص ۳۷۱ ح ۶۶.

تلك المده كما هو مقتضى هذه المعامله.

نعم إذا وقع الشرط فى عقد لازم لزم ما وقع فيه،و يؤيد ذلك أيضا أنه هو الأحوط فى الدين،و الأخذ به واجب فى موضع عدم النص عند المحدثين،

«حلال بين،و حرام بين،و شبهات بين ذلك فمن اجتنب الشبهات نجى من الهلكات». و الله العالم.

### السادس [فى حكم إطلاق السكنى و العمرى و الرقبى] :

الظاهر أنه لا خلاف فى أنه لو أطلق السكنى و لم يعين مده أو عين مده غير مضبوطه فله السكنى مده تكون جائزه،لا لازمه بمعنى أنه له إخراجه متى شاء،و يدل على ذلك الخبر الثالث و الرابع،و على ذلك يحمل الخبر الثالث عشر و الا فإنه على إطلاقه مخالف للأخبار و فتوى الأصحاب،مضافا الى ضعف الروايه، فلا بد من حمله على ما ذكرناه،و الا فطرحه من البين،و هذه الصوره مستثناه من صوره هذه المعامله،حيث ان الحكم فيها اللزوم كما عرفت نصا و فتوى،إلا فى هذه الصوره.

بقى الكلام هنا فى موضعين:أحدهما-فى أنه قد صرح فى التذكره بأنه مع الإطلاق يلزم الإسكان فى مسمى العقد و لو يوما،و الضابط ما يسمى إسكانا و بعده للمالك الرجوع متى شاء،و تبعه المحقق الشيخ على(رحمه الله عليه)و احتج بالروايه الرابعه و لعل ذلك بالنظر الى قوله«و له أن يخرجه بعد قوله أسكن رجلا دارا»فإن الإخراج ظاهر فى كونه قد سكن،و أن الإخراج بعد السكون فيها، قيل:و يمكن الاحتجاج له بما يدل على لزوم غيره من العقود،كعموم «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» (1)فلا بد من الحكم هنا بلزومه وقتا ما،عملا بالدليل،ثم يرجع الى الجواز.

أقول:أنت خبير بأن قضيه الجواز التخيير بين الوفاء بالعقد و عدمه،لأنه لا معنى لكونه جائزا غير لازم،الا أنه ان شاء اسكن و ان شاء لم يسكن،و متى



---

۱- ۱) سوره المائده-الايه ۱.

اسكن فان شاء اخرج و ان شاء لم يخرج،و أما الروايه فإن ما اشتملت عليه أحد الفردين المذكورين و لا يلزم من ذكره الاختصاص به،و أما الآيه فهى مخصوصه بالعقود اللازمه،و لزوم الوفاء آنا ما،و ان جاز الرجوع بعد ذلك كما ذكروه خلاف ظاهر الآيه،إذ ظاهرها وجوب الوفاء ما لم يعرض للعقد ما يوجب فسخه أو بطلانه،و كان مبنى ما ذهبوا اليه على أنه لا بد من الإسكان فى الجمله،ليصدق السكنى و تندرج هذه الصوره تحت هذه القاعده،و فيه أنها قد خرجت بعدم لزوم الإسكان فيها،فهى ليست من أفرادها و انما هذا حكم سأل عنه السائل فى تلك الأخبار،فأجابوا عليهم السلام عنه بأنه بإذنه فى ذلك لا بأس بالجلوس و لكنه لا يلزم كما فى غيره من صور هذه القاعده،و بالجمله فإنى لا أعرف لما ذكروه هنا وجها وجيها يعتمد عليه.

و ثانيهما أنه لا يخفى أن مورد الخبرين المتقدمين السكنى خاصه لو أطلقها، و أما العمرى و الرقبى فلم يتعرضوا فى الأخبار لحكمها لو أطلقنا أيضا،و قطع فى الدروس يبطلان العمرى مع الإطلاق،و لم يتعرض للرقبى،و فى التحرير قطع بأنه مع إطلاق العمرى و الرقبى يصح،و يكون للمالك إخراجه متى شاء كالسكنى.

قال فى المسالك بعد نقل ذلك:و هو فى الرقبى حسن،و فتوى الدروس فى العمرى أحسن،و هو مؤذن باختيار الصحه فى الرقبى خاصه،مثل السكنى و البطلان فى العمرى،و ظاهر كلامه قبيل هذا الكلام هو التوقف فى العمرى،و الحكم بالصحه فى الرقبى،حيث قال:و يمكن القول بفساد العمرى مع الإطلاق لاقتضائها الاقتران بعمر،إما لأحدهما كما هو المشهور،أو مطلقا كما قررناه،فإذا لم يعينه بطلت للجهاله،كما لو عين مده غير مضبوطه،حيث يعتبر تعينها،و الصحه إقامه لها مقام السكنى،لاشتراكهما فى كثير من المعانى و الأحكام،و مناسبتهما على الوجه الذى قررناه سابقا،فيكون كاستعمال لفظ السلم فى مطلق البيع و كذا القول فى الرقبى،و أولى بالصحه هنا لأن إطلاقها باعتبار رقبه الملك أو ارتقاب المده

التی یرتضیها المالک ممکن هنا بطریق الحقیقه،فاستعمالها فی السکنی یکون کاستعمال أحد المترادفین مکان الآخر،و ان اختلفا من جهه أخری،و هذا قوی،انتهی.

أقول:لا یخفی انه و ان تکرر فی کلام الأصحاب ذکر الرقبی فی أفراد هذه المعامله،و تکلفوا الوجه فی التسمیه بذلک،کما تقدمت الإشاره الیه،الا أنه لا وجود لذلک فی أخبار المسئله المتقدمه و لیس غیرها فی الباب،و حینئذ فیسقط الکلام فیها بالکلیه فی هذا الموضع و غیره و انما الموجود فیها السکنی و العمری و الحبس خاصه.

و قد أشرنا فیما تقدم فی غیر موضع أن الأصحاب فی جمله أکثر التفریعات و الأحکام الخارجه عن موارد الأخبار انما جروا فیها علی کلام العامه،و لا یبعد ان هذا من ذاک.

و اما العمری فالظاهر أنها مثل السکنی فی هذا الحکم فإنه لا فرق بین الأمرین إلا بالتعبیر بلفظ الإسکان فی الأول،و العمری فی الثانی،و الا فالمرجع إلی أمر واحد،فإذا قال أسکنتک فهی سکنی،و إذا قال:أعمرتک فهی عمری کما تقدمت الإشاره إلیه فی صدر المبحث،و الأخبار دلت علی أنه مع اقتران الأول من هذین اللفظین بالمده المعینه،فإنه یلزم الوفاء تلک المده،و لا یجوز الرجوع و مع اقتران الثانی بعمر الساکن أو المالک کذلک،و الإطلاق الذی أوجب الجواز -دون اللزوم فی الأول-انما هو من حیث عدم ذکر المده المشترطه،و الإطلاق فی الثانی یرجع الی ذلک،فإنه من حیث عدم ذکر عمر أحد من المالک أو الساکن أو غیرهما علی القول به،فالقول بالصحه فی الأول،و البطلان فی الثانی،لا اعرف له وجها وجیها.

قوله فی المسالک-فی بیان احتمال الفساد:«انه إذا لم یعین عمر أحدهما أو مطلقا بطلت للجهاله»فیه ان ذلک وارد أیضا فی السکنی إذا أطلقها و لم یقید بمده،مع أنه حکم بالصحه هو و غیره،و ان کان للمالک الرجوع،فان کانت الجهاله

من هـذه الجهه موجبه للبطلان ففى الموضـعين،و إلا فلا فيهمـا،اللهم إلا أن يكون مبنى كلامه على الفرق بين مـا إذا لم يعين للسكنى مده بالكليه،فإنه يصح،و بين ما إذا عين مده غير مضبوطه كقدوم الحاج،و إدراك الغله،فإنه يبطل،و العمرى انما هى من قبيـل الثانى،لأنه ذكر العمر و لم يعينه بعمر أحـد،فهو كما لو ذكر المـده و لم يشخصـها بمـده معينه،و يشـير اليه قوله كما لو عين مـده غير مضـبوطه إلا أن فيه أن الظـاهر من قـوله عليه السـلام فى الخـبرين المشـار إليهمـا و لم يـوقت مـا هـو أعم من الأمرين المـذكورين لأن المراد لم يوقت لـذلك وقتا معينا و هو أعم من أن لا يوقت بالكليه،أو وقت و لكنه غير معين،و المراد بالسـكنى المطلقه التى تكون صـحيحه غير لازمه هو هـذا المعنى،فـان الوقت الغير المعين يرجع الى عـدم التوقيت بالكليه،إذ لا ثمره ترتب عليه،و الله العالم.

**السابع [فى عدم بطلان السكنى و العمرى و الرقبى بالبيع] :**

المشـهور بين الأصـحاب أنه لا تبطـل السـكنى و العمرى و الرقـبى بـالبيع،و عليه يـدل الخـبر الخـامس،الا أن مورده السـكنى و العمرى،و قـد عرفت أن الرقبى لا وجود لهـا فى الأخبـار،و نقل فى الـدروس قولا ببطلان البيع،و اضـطرب كلام العلامه هنا،ففى الإرشاد قطع بجواز البيع،و فى التحرير اسـتقرب عدمه، لجهاله وقت انتفاع المشترى،و فى القواعد و المختلف استشـكل الحكم،و فى التذكره أفتى بالجواز للروايه،ثم استشكل بعد ذلك.

قـال فى المسالـك:و منشأ المنع أو الأشـكال أن الغرض المقصود من البيع هو المنفعه،و لهـذا لا يجوز بيع ما لا منفعه فيه،و زمان استحقاق المنفعه فى العمرى مجهول.

أقول:لا يخفى مـا فى هـذا التعليـل العليـل من الوهن و القصور،فـان ما ذكره لو تم لاقتضـى عـدم جواز بيع ما آجره المالك لأن منفعته ملك للمسـتأجر ضـمن مـده الإجاره،و البيع انما وقع على مال مسـلوب المنفعه تلك المـده،مع أن النصوص المتقـدمه فى كتاب الإجاره داله على جواز البيع،و عدم إبطال الإجاره

و الکلام فی الموضعین واحد،کما صرحت به الروایه المذکوره هنا،و قوله فیها «لا ینقض البیع الإجاره و السکنی»و قیاسه ذلک علی بیع ما لا- منفعه فیه قیاس مع الفارق،فان البیع فیما نحن فیه و کذا فی الإجاره غیر خال من المنفعه فی الجمله و انما تخلف بعض منها،و الجهاله المدعاه فی العمری مع تسلیم الإبطال بها مستثناه بالنص.

و بالجمله فإن النص المذکور صحیح صریح فیما قلنا،و رده بهذه التعلیلات العلیله اجتهاد فی مقابله النصوص.

بقی الکلام هنا فی مواضع:الأول-قال فی الدروس:لو باع المالک العین کان فسخا للسکنی،لا الرقبی و العمری،و یتخیر المشتری فی فسخ البیع و إجارته مع جهله،و قیل:یبطل بیع المعلقه بالعمر للجهاله،و الأول مروی عن الحسین بن نعیم عن الکاظم علیه السلام،انتهی.

أقول:المفهوم من کلام غیره من الأصحاب انه لا فرق فی الصحه بین السکنی و أخویها المذکورین فی صوره البیع،فحکمه هنا بانفساخ السکنی بالبیع و تخصیص الصحه بأخویها غریب لا أعرف له موافقا فیه،نعم لو کانت السکنی جائزه و هی السکنی المطلقه فإنهم ذکروا أنها تبطل،لأن من شأن العقد الجائز إذا طرأ علیه عقد لازم ینافیه فإنه یبطله،و الروایه التی هی مستند هذا الحکم لیست مخصوصه بالعمری،کما یشعر به ظاهر کلامه،لأنه و ان کان صدر الروایه قد تضمن السؤال عن رجل أسکن رجلا داره مده حیاته،و هذه الصوره عندهم کما قدمنا ذکره صدر البحث مما یطلق علیها السکنی و العمری،الا أن الخبر المنقول فی آخر الروایه عن أبی جعفر علیه السلام و کذلک ما قبله،إنما صرح فیه بالسکنی،و انها مع الإجاره لا تنقض بالبیع.

و بالجمله فالخبر صریح فی السکنی و العمری معا،لا أنه مختص بالعمری، کما هو ظاهر کلامه،و مثله الشهید الثانی فی المسالک أیضا،و کأنهم بنوا علی

ما تضمنه صدر الخبر و غفلوا عما تكرر فيه بعد ذلک من ذکر السکنی،سیما الروایه عن أبی جعفر علیه السلام.

الثانی-حیث قد عرفت أنه یجوز البیع فی هذه الصوره،فإن کان المبیع مسلوب المنفعه،فإن کان المشتری عالما فلا خیار له،لأنه قدم علی شراء عین مسلوبه المنفعه،فیجب علیه أن یصبر حتی ینقضی المده أو العمر المقرون بها فتنتقل المنفعه بعد ذلک،و له فی تلک المده و بقاء العمر الانتفاع بالمبیع،بالبیع و الهبه و العتق،و غیر ذلک مما لا یتعلق بتلک المنفعه المستحقه،و ان کان جاهلا تخیر بین الصبر مجانا إلی انقضاء المده أو العمر،و بین الفسخ،لحصول العیب بفوات المنفعه.

الثالث-لو کان المشتری هو المعمر فی صوره العمری أو الساکن فی صوره السکنی،فإنک قد عرفت أن المنفعه قد انتقلت إلیه فی تلک المده و زمان العمر، و بعد الاشتراء قد انتقلت له العین أیضا،فصارت العین و منافعها له،فیجوز له أن یبیعها مع منافعها،لأن الجمیع ملک له،و أما قبل الاشتراء فإنه لا یجوز له بیع المنفعه التی انتقلت إلیه،لأن البیع لا یقع علی المنافع،و إنما مورده الأعیان کما تقدم فی کتاب البیع (1).

نعم الأقرب أنه یجوز له الصلح علیها،و علی هذا لو اشتری العین غیره جاز له أن یصالح المشتری علی ما یستحقه من المنفعه بمال معلوم،فیصیر المشتری مالکا للعین و المنفعه،کما لو کان المشتری هو المعمر أو الساکن،و الله العالم.

### الثامن [فی الفروع المترتبه علی عدم البطلان] :

المشهور بین الأصحاب أنه إذا أطلق السکنی بمعنی أنه لم یعین الساکن،بل قال:أسکنتک هذا الدار مده کذا،أو عمرک أو نحو ذلک،فإنه یسکن فیها بنفسه و أهله و أولاده،و لا یجوز له إسکان غیرهم إلا بإذن جدید زائد علی مجرد هذا العقد.



---

۱- ۱) ج ۱۸ ص ۴۲۹.

قال الشیخ فی النهایه إذا أسکن انسان غیره لم یجز للساکن ان یسکن معه غیره إلا ولده و أهله،و لا یجوز له سواهم،و لا یجوز للساکن أیضا أن یؤاجره و لا أن ینتقل عنه فیسکن غیره إلا بإذن صاحب المسکن،و علی هذه المقاله جری من تأخر عنه إلا ابن إدریس،فإنه قال فی السرائر بعد نقل کلام الشیخ المذکور:

و الذی یقتضیه أصول المذهب أن له جمیع ذلک،اخلافه و إجارته و انتقاله عنه و إسکان غیره معه سوی ولده و امرأته سواء أذن له فی ذلک أم لم یأذن،إذا کان أول ما أسکنه قد أطلق السکنی لأن منفعه هذه الدار استحقها،و صارت مالا من أمواله،و حقا من حقوقه،فله استیفائها کیف شاء بنفسه و بغیره،و ما أورده شیخنا أبو جعفر(رحمه الله علیه)فی نهایته فلا شک أنه خبر واحد قلیلا ما یورده أصحابنا فی کتبهم،فشیخنا المفید(رحمه الله علیه)لم یورده فی مقنعته،و لا السید المرتضی (رضی الله عنه)و لا المحصلون من أصحابنا،انتهی.

احتج الأصحاب علی ما ذکروه بأن الأصل عصمه مال الغیر،و حفظه عن تسلط غیر المالک،خرج عنه المسکن بالاذن و أهله و أولاده قضیه للعرف،فصار کالمأذون فیه مطلقا،بقی الباقی علی أصل المنع،و أجابوا عما ذکره بالمنع عن الاستحقاق المطلق،بل إنما یستحق علی ما جعل له،و هو السکنی فلا یتناول الإجاره و غیرها،لعدم الاذن فیه مطلقا،و عرفا.

و تنظر فیه فی المسالک،و لم یذکر وجه النظر،ثم قال:و کیف کان فالعمل علی القول المشهور،و ان کان کلام ابن إدریس لا یخلو من قوه.

أقول:لا یخفی أنه لیس فی شیء من أخبار المسئله ما یدل علی هذا الحکم المذکور بوجه،فقول ابن إدریس أن ما أورده الشیخ فی النهایه خبر واحد، إنما هو من قبیل ما قدمنا ذکره فی غیر موضع من أنه لما کان أکثر ما یذکره الشیخ فی هذا الکتاب قد جری فیه علی ما أورد فی الأخبار،ظن ابن إدریس أن جمیع ما فی الکتاب من فتاوی الشیخ من ذلک القبیل،و الا فهذه أخبار المسئله

كملاـ كما قدمناه،و هى كما ترى خاليه من التعرض لذلك،و لهذا ان الأصحاب إنما استندوا فى إدخال من ذكروه إلى العرف،حيث ان ظاهر اللفظ إنما يدل على إسكان ذلك الرجل وحده،و لكن حيث دل العرف على دخول من ذكروه حكموا بوجوب دخولهم،و لهذا أيضا ان العلامه فى التذكره ألحق من جرت العاده أيضا بإسكانه،مثل عبده و جاريته و مرضعه ولده،لدلاله العرف على ذلك و كذا الدابه و الضيف إذا كان فى الدار موضع يصلح لها،و كذا إحراز الغله فيها و نحو ذلك مما جرت العاده به،و لا بأس به.

و ما ذكره شيخنا المتقدم ذكره من النظر فى جواب الأصحاب عن حجه ابن إدريس لا أعرف له وجها،فإن غايه ما يدل عليه لفظ السكنى هو السكون فى تلك الدار لاـ مطلق الانتفاع،كما يدعيه ابن إدريس،و مطلق الانتفاع إنما يترتب على الإجاره لا على السكنى الصريح فى خصوص هذه المنفعه،ان أراد جميع منافعها فمنعه ظاهر،و ان أراد هذه المنفعه الخاصه فهو مسلم،و لكن بالنسبه إليه خاصه، لأن قوله أسكنتك فى معنى أذنت لك فى السكون،و الاذن إنما حصل له خاصه، و لكن لما كان مقتضى العرف و العاده هو تبعيه من جرت العاده بملازمته له كالزوجه و الأولاد و نحوهم أدخلناهم فى الاذن من هذه الجهه،و اما غيرهم فلا يدل العرف عليه،و لا يدخل تحت مفهوم اللفظ كما عرفت،فكيف يتم ما ذكره ابن إدريس و الحال كذلك.

و بالجمله فأصاله العدم حتى يقوم الدليل على خلافه أقوى مستمسك، فالأظهر هو القول المشهور.

**التاسع [حكم جعل الإنسان خدمه عبده لغيره مده ثم هو حر بعد ذلك] :**

قال الشيخ فى النهايه:إذا جعل الإنسان خدمه عبده أو أمته لغيره مده من الزمان ثم هو حر بعد ذلك،كان له ذلك أيضا جائزا،و كان على المملوك الخدمه فى تلك المده،فإذا مضت المده صار حرا،فإن أبق العبد هذه المده ثم ظفر به من جعل له خدمته لم يكن له بعد انقضاء تلك المده سبيل.

أقول:و ما ذكره الشيخ هو مدلول الخبر الثامن،و قال ابن إدريس بعد نقل كلام الشيخ:أورد شيخنا هذه الروايه و هى من أضعف أخبار الآحاد،لأنها مخالفه لأصول المذهب،لان التدبير عند أصحابنا بأجمعهم لا يكون الا بعد موت المولى الذى هو المعتق المباشر للعتق.

أقول:و قد غفل ابن إدريس هنا عن شىء آخر،و هو أن الإباق عند الأصحاب و عليه دلت الأخبار مبطل للتدبير،و الروايه المشار إليها قد اشملت على الإباق بعد التدبير،حيثما ذكره الشيخ هنا فى عبارته،و التحقيق فى المقام أن يقال لا ريب أن ما ذكره ابن إدريس هو المتفق عليه بين الأصحاب،من أن التدبير إنما يعلق بموت المولى،و لكن الشيخ و جماعه من اتباعه و جمله من المتأخرين كالمحقق و العلامه و غيرهما صرحوا بالتدبير فى هذه الصوره أيضا،استنادا إلى الخبر المشار إليه،و هو صحيح صريح فى ذلك،و لا مانع من العمل به،و ان رده ابن إدريس بأنه من أخبار الآحاد بناء على قاعدته الخارجه عن جاده السداد.

و أما ما ذكرناه نصره لابن إدريس من أن الإباق مبطل للتدبير فقد أجاب عنه الشيخ بأن هذا الحكم مخصوص بالتدبير معلق على موت المولى،كما هو مورد تلك الأخبار،لا مطلق و هو جيد،و ألحق العلامه أيضا التدبير بموت زوج المملوكه.

و يدل عليه ما رواه

الشيخ فى الموثق عن محمد بن حكيم (1)قال:

«سألت أبا الحسن عليه السلام عن رجل زوج أمته من رجل حر ثم قال لها:إذا مات زوجك فأنت حره،فمات الزوج قال:فقال إذا مات الزوج فهى حره،تعتد منه عده الحره المتوفى عنها زوجها،و لا ميراث لها منه،لأنها صارت حره بعد موت الزوج».

و شيخنا الشهيد الثانى فى المسالك رد هذا القول،و ضعفه بعدم وجود الدليل و هو غفله عن الاطلاع على الخبر المذكور،و سيأتى ان شاء الله تعالى مزيد تحقيق



---

۱- ۱) التهذيب ج ۷ ص ۳۴۴ ح ۳۸،الوسائل ج ۱۶ ص ۹۷ ح ۲.

للمقام فی کتاب التدبیر،و فی هذا الخبر تأیید و تأکید لسابقه فی عدم اشتراط التدبیر بموت المولی خاصه،و ربما قیل:بجواز التدبیر بموت کل من علق علیه، و لا أعرف له دلیلا،فالواجب الوقوف علی موارد النصوص.

بقی الکلام فی أن مخرج ذلک من الأصل أو الثلث،و الظاهر أن الحکم فی ذلک ما صرح به فی المختلف،قال:و هل ینعتق العبد من الأصل أو من الثلث؟ الأقوی أنه ینعتق من الأصل،ان کان المالک حیا حال وفاه من علقت الخدمه بموته.و من الثلث ان کان قد مات قبله،و قد نبهنا علی ذلک فی کتاب القواعد، انتهی و وجهه ظاهر.

### العاشر [فی حبس الفرس أو البعیر فی سبیل الله] :

المعروف من کلام الأصحاب من غیر خلاف یعرف أنه إذا حبس فرسه أو بغیره فی سبیل الله أو غلامه فی خدمه المسجد أو بیت الله الحرام أو بیت العباده،لزم ذلک و لم یجز تغییره ما دامت العین موجوده،و فی التذکره أنه یعتبر فیه القبض،و فی التحریر صرح بأنه یعتبر فیه القربه،و ظاهر من حکم بلزومه و عدم جواز تغییره ما دامت العین موجوده،هو عدم الخروج عن ملک المالک، و فی الدروس صرح بخروجه عن ملکه بالعقد،بخلاف الحبس علی الإنسان، کما سیأتی.

و صرح بعضهم بأنه یصح الحبس علی جمیع القرب،و أما إذا حبس علی آدمی فإن أطلق و لم یعین مده بطل بموت الحابس،و عاد إلی ورثته،و الأصحاب حملوا ما تقدم من قضاء أمیر المؤمنین علیه السلام برد الحبیس و إنفاذ المواریث علی هذا الفرد، و هو صریح الخبر الحادی عشر،و علیه یحمل إطلاق الخبر الثانی عشر،و ان عین مده لزم فی تلک المده،و بعد انقضائها یرجع إلی الحابس أو ورثته،و علی هذا فلا دلیل لهم علی الحبس المقید بمده،و لا علی الحبس فی سبیل الله الا ظاهر الاتفاق علی ذلک،و الا فإنه لا تعرض له فی شیء من الأخبار المتقدمه،و لیس فی الباب غیرها.

ثم انه مع الإطلاق هل یصح له الرجوع فیه،أکثر العبارات خال من

التعرض لـذلك،و فى القواعـد صـرح بـأن له الرجوع متى شاء،و استحسـنه فى المسالك،و هو غير بعيـد لو حبس عليه مـده عمر أحـدهما،فـإنه مثـل الحبس مـده فى الرجوع إلى الحـابس أو ورثته بعـد انقضاء المـده و العمر،و به جزم فى التحرير، و النصوص خاليه عنه،الا أنه الأوفق بالقواعد الشرعيه.

قـال فى المسالـك:و اتفـق الجميـع على التعـبير بـالفرس و المملـوكه فى الوجـوه المــذكوره،و زاد فى الـدروس البعير فى سـبيل الله،فكان عليهم أن يـذكروا حكم باقى ما يصـح وقفه و إعماره،و الظاهر أن حكـم الحبس كـذلك مورده مورد الوقف، فيصح،و حبس كـل عين ينتفع بهـا مع بقـاء عينهـا بالشـرائط السـابقه على الإنسـان مطلقـا،و على القرب حيث يمكن الانتفـاع فيها كمطلق الـدابه،لنقل الماء إلى المسـجد و السـقايه،و معونه الحاج و الزائرين و طلاب العلم و المتعبـدين،و الكتب على المتفقهين،و البيت على المسـاكين و غير ذلـك،فالاقتصـار على مـا ذكروه ليس بجيـد،و عموم الأدله متناول للجميع،و خصوصـها خال من جميع ما ذكروه،انتهى.

## المقصد الرابع فى الهبه:

### اشاره

و الكلام فى هذا المقصد يقع فى مقامين

### [المقام] الأول:فى معنى الهبه و عقدها، و الأخبار الوارده فيها

#### اشاره

و مـا نصـته تلـك الأخبـار من الأحكـام فنقول:ان الهبه يعبر عنهـا بـالنحله و العطيه،قيـل:و العطيه تطلق على مطلق الإعطاء المتبرع به،فيشـمل الوقف و الصـدقه و الهبه و الهـديه و السـكنى،و من ثم أطلق بعض الفقهـاء عليهـا اسم العطايا،و عنونها بكتاب،فيكون أعم من الهبه و النحله فى معناها،و الهبه أعم من الصـدقه-لاشتراط الصـدقه بالقربه،كما تقدم ذكره-و من الهديه لاشتراط الهديه بالنقـل إلى المهـدى إليه من المهـدى إعظاما و توقيرا له،و لهـذا أنه لا يطلق لفظ الهـديه على العقارات،فيقال:اهـدى له دارا،و لا أرضا و يقال:وهب له ذلك.

و مما يتفرع على ذلك أنه لو نذر الهبه برأى بالصدقه و الهديه،و لو نذر بإحدى

الآخرين لم يبرأ بمطلق الهبه،و لو حلف ان لا يهب،فتصدق أو أهدى حنث دون العكس و نقل عن الشيخ فی المبسوط أن الهبه و الهديه و الصدقه بمعنى واحد،و الظاهر بعده.

و ظاهر المشهور أنه يشترط فی الهبه بالمعنى الأعم بعد أهليه التصرف من جانب الواهب ما يشترط فی سائر العقود من الإيجاب و القبول،و نحو ذلک مما تقدم ذکره مرارا إلا اعتبار کونه بلفظ الماضی قولا واحدا،فلا بد عندهم فی الهديه التی هی أحد أفراد الهبه کما عرفت من جميع ذلک.

قال الشيخ فی المبسوط:و من أراد الهديه و لزومها و انتقال الملک منه إلى المهدی إليه الغائب فيوکل رسوله فی عقد الهبه،فإذا مضى و أوجب له و قبل الهديه المهدی إليه و أقبضه إياها لزم العقد،و ملک المهدی إليه الهديه،و نحوه قال فی الدروس،و جعل عدم اشتراطها بالإيجاب و القبول احتمالا،و اختلف کلام العلامه فی ذلک،ففی القواعد قطع بأن الهديه کالهبه فی اشتراطها بالإيجاب و القبول، و فی التحرير نقل قريبا من کلام الشيخ،ثم قال:فلو قيل:بعدم اشتراط القبول کان وجها قضاء للعاده بقبول الهدايا من غير نطق،و يلوح من آخر کلامه فی التذکره الفتوى بذلک.

قال فی التذکره-و نعم ما قال،و ان أسنده إلى العامه،فإنه الحق الذی لا يعتريه إشکال-انه لا حاجه فی الهبه إلى الإيجاب و القبول اللفظيين،بل البعث من جهه المهدی کالإيجاب،و القبض من جهه المهدی إليه کالقبول،لأن الهدايا کانت تحمل إلى رسول الله(صلى الله عليه و آله و سلم)من قيصر و کسرى و سائر الملوک فيقبلها و لا لفظ هناک،و استمر الحال من عهده(صلى الله عليه و آله و سلم) إلى هذا الوقت فی سائر الأصقاع،و لهذا کانوا يبعثون على يد الصبيان الذين لا يعتد بعبارتهم قال(رحمه الله):و منهم من اعتبرهما کما فی الهبه،و اعتذروا عما تقدم بأن ذلک کان اباحه لا تمليکا،و أجيب بأنه لو کان کذلک ما تصرفوا فيه تصرف الملاک،و معلوم أن النبی(صلى الله عليه و آله و سلم)کان يتصرف فيه و يملکه

غیره،و یمکن الاکتفاء فی هدایا الأطعمه بالإرسال و الأخذ جریا علی العاده بین الناس،و التحقیق مساواه غیر الأطعمه لها،فإن الهدیه قد تکون غیر طعام فإنه قد اشتهر هدایا الثیاب و الدواب من الملوک إلی رسول الله(صلی الله علیه و آله و سلم) فإن ماریه القبطیه أم ولده کانت من الهدایا،انتهی،و مرجع هذا التحقیق إلی ما قدمنا نقله و هو جید،و استحسنه فی المسالک.

أقول:و مثل ماریه القبطیه التی أهدیت إلیه(صلی الله علیه و آله و سلم) الجاریه التی أهداها المختار إلی زین العابدین علیه السلام فأولدها زیدا،و معها مبلغ من الدنانیر فقبله علیه السلام و الحدیث فی حکایه اهدائها موجود لیس فیه شیء من هذه الأمور التی اعتبروها،و الشروط التی اشترطوها،و من تتبع الأخبار و السیر علم صحه هذا الکلام،و أن خلافه نفخ فی غیر ضرام.

علی أنک قد عرفت ما فی اشتراط الإیجاب و القبول فی سائر العقود هذا.

و المشهور فی کلامهم أن الإهداء إنما یفید مجرد الإباحه دون الملک، و للدافع الرجوع ما دامت العین موجوده،و ظاهر شیخنا الشهید الثانی فی المسالک المیل إلی حصول الملک بذلک،و ان جاز الرجوع،قال:-بعد ان استحسن کلام التذکره کما ذکرناه- ما لفظه:و مع ذلک یمکن ان یجعل ذلک کالمعاطاه تفید الملک المتزلزل،و یبیح التصرف و الوطی،و لکن یجوز الوجوع فیها قبله عملا بالقواعد المختلفه،و هی أصاله عدم اللزوم مع عدم تحقق عقد یجب الوفاء به، و ثبوت جواز التصرف فیها بل وقوعه،و وقوع ما ینافی الإباحه،و هو الوطی و إعطاء الغیر فقد وقع ذلک للنبی(صلی الله علیه و آله و سلم)فی ماریه أم ولده، و قد کان یهدی إلیه الشیء فیهدیه لزوجاته و غیرهن،و أهدی إلیه حله فأهداها لعلی علیه السلام من غیر أن ینقل عنه قبول لفظی و لا من الرسول(صلی الله علیه و آله و سلم)إیجاب کذلک مقارن له،و هذا کله یدل علی استفاده الملک فی الجمله، لا الإباحه،و لا ینافی جواز رجوع المهدی فی العین ما دامت باقیه،انتهی.

أقول-و بالله التوفيق،لنيل كل مأمول-:لا ريب أن ظواهر الأخبار الوارده فى هذا المقام إنما هو الملك الحقيقى لما ذكره من التصرف بجميع وجوه التصرفات من وطئ و بيع و تصدق و هبه و نحوها،و لا شك أن التصرف كيف شاء المتصرف من أقوى أمارات الملك،و دعوى أصاله عدم اللزوم فى التحقيق لا يخرج عن القول بالإباحه،بل يرجع إليه،لأنه متى لم يكن الإهداء لازما يوجب الملك كسائر المتملكات،بل يجوز الرجوع فيه فهذا هو عين ما منعه من الإباحه و نفاه فى المقام،و ان حصل الفرق بنوع من الاعتبار القشرى الذى لا يصلح لترتب حكم شرعى،و ما المانع من كون الإهداء من الأسباب الناقله للملك إذا اقتضته الأخبار كما عرفت،و لا بد لنفيه من دليل.

و أما عدم تحقق عقد يجب الوفاء به،ففيه ما عرفت فى غير موضع مما تقدم من أن هذه العقود التى اشترطوها و اشترطوا فيها ما اشترطوه مما لم يقم عليه دليل،بل الدليل على خلافه واضح السبيل،فان المفهوم من الأخبار أن المدار على التراضى من الطرفين،و أنه العمده فى البين،و قد عرفت أن بيع المعاطاه أيضا لا يشترط فيه أزيد من رضا الطرفين بما يتفقان عليه،فجعله من باب المعاطاه كما احتمله-يقتضى بناء على ما حققنا فى بيع المعاطاه،من أنه شرعى لازم- أنه هنا كذلك،و دعوى أن مفاده الملك المتزلزل ممنوعه،حتى أن بعد المحدثين جوز فى المعاطاه أن يزن لنفسه،و يضع الثمن فى الدكان إذا كان ذلك معلوما بأن قيمه ذلك الجنس كذلك،من غير لفظ و لا كلام بين المتبايعين،و ما نحن فيه لا يقصر عن ذلك،فإنه متى أرسل المهدى الهديه بقصده و اختياره،و قبضها المهدى إليه فأى مانع من لزوم ذلك،كما لزم بيع المعاطاه على الوجه المذكور.

و كيف كان فكلامه جيد بناء على أصولهم و قواعدهم فى العقود،و أما على ما هو المفهوم من الأخبار كما تقدم فى غير مقام فان ما ذكرنا أجود.

و بالجمله فإن من الظاهر البين الظهور أن النبى(صلى الله عليه و آله و سلم)

و الأئمه علیهم السلام لو لم یفهموا من الإهداء الملک الحقیقی لما تصرفوا هذه التصرفات من وطئ و استیلاد و نحوهما و علو شأنهم و رفعه مکانهم أجل من أن یتصرفوا فی ملک الغیر مع عدم انتقاله لهم بناقل شرعی إلا بمجرد الإباحه،أو الملک المتزلزل الراجع إلیها،فإن الإباحه لا یجوز فی الفروج کما ذکره.

علی أنه متی ثبت الملک کما اختاره و ان ادعی أنه فی الجمله فتجویز الرجوع یحتاج إلی دلیل،و ما استند إلیه من أصاله عدم اللزوم مع عدم تحقق عقد و هو معظم الشبهه عندهم،فقد عرفت ما فیه،و دعوی أنه متزلزل کبیع المعاطاه و هو المشار إلیه بقوله فی الجمله،قد عرفت تزلزله،و الله العالم.

و الواجب أولا-نقل الأخبار التی وصلت إلینا فی هذا الباب ثم الکلام فیها بتوفیق الملک الوهاب،و نقل ما عثرنا علیه من کلام الأصحاب کما جرینا علیه فی سابق هذا المقصد و الله الهادی إلی حقیقه الحق و الصواب.

الأول-ما رواه

فی الکافی و التهذیب فی الصحیح أو الحسن عن الحلبی و جمیل (۱)

«عن أبی عبد الله علیه السلام قال:إذا کانت الهبه قائمه بعینها فله أن یرجع فیها و إلا فلیس له».

الثانی-ما رویاه

فی الصحیح أو الحسن عن عبد الله بن سنان (۲)

«عن أبی عبد الله علیه السلام قال:إذا عوض صاحب الهبه فلیس له أن یرجع».

الثالث-ما رواه

فی الکافی عن معاویه بن عمار (۳)فی الصحیح قال:

«سألت أبا عبد الله علیه السلام عن الرجل یکون له علی الرجل الدراهم فیهبها له إله أن یرجع فیها؟قال:لا».

الرابع-ما رواه

فی الکافی و التهذیب فی الصحیح عن زراره (۴)

«عن



---

۱- ۱) الکافی ج ۷ ص ۳۲ ح ۱۱،التهذیب ج ۹ ص ۱۵۳ ح ۶۲۷.الوسائل ج ۱۳ ص ۳۴۱ الباب ۸ ح ۱.

۲- ۲) الکافی ج ۷ ص ۳۳ ح ۱۹،التهذیب ج ۹ ص ۱۵۴ ح ۶۳۲.الوسائل ج ۱۳ ص ۳۴۱ الباب ۹ ح ۱.
۳- ۳) الکافی ج ۷ ص ۳۲ ح ۱۳،التهذیب ج ۹ ص ۱۵۴ ح ۶۲۹.الوسائل ج ۱۳ ص ۳۳۲ ح ۱.
۴- ۴) الکافی ج ۷ ص ۳۰ ح ۳،التهذیب ج ۹ ص ۱۵۲ ح ۶۲۴.الوسائل ج ۱۳ ص ۳۳۴ الباب ۳ ح ۱.

أبی عبد الله علیه السلام قال:ان الصدقه محدثه،انما کان الناس علی عهد رسول الله(صلی الله علیه و آله و سلم)ینحلون و یهبون و لا ینبغی لمن أعطی لله عز و جل شیئا أن یرجع فیه،قال:و ما لم یعط لله و فی الله،فإنه یرجع فیه نحله کانت أو هبه حیزت أو لم تحز و لا یرجع الرجل فیما یهب لامرأته،و لا المرأه فیما تهب لزوجها،حیز أو لم یحز أ لیس الله تعالی یقول «وَ لاٰ یَحِلُّ لَکُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمّٰا آتَیْتُمُوهُنَّ شَیْئاً» و قال «فَإِنْ طِبْنَ لَکُمْ عَنْ شَیْءٍ مِنْهُ نَفْساً فَکُلُوهُ هَنِیئاً مَرِیئاً» و هذا یدخل فی الصداق و الهبه».

و رواه

العیاشی فی تفسیره عن زراره (۱)

«عن أبی جعفر علیه السلام قال:لا ینبغی لمن أعطی لله شیئا أن یرجع فیه»الحدیث الی قوله:هنیئا مریئا. و لم یذکر قوله، و هذا یدخل فیه الصداق و الهبه.

الخامس-ما رویاه

عن محمد بن مسلم (۲)فی الصحیح

«عن أبی جعفر علیه السلام قال:

الهبه و النحله یرجع فیها صاحبها ان شاء حیزت أو لم تحز إلا الذی رحم فإنه لا یرجع فیه».

السادس-ما رواه

الشیخ فی التهذیب عن القاسم بن سلیمان (۳)قال:

« سألت أبا عبد الله علیه السلام عن الرجل یهب الجاریه علی أن یثاب فلا یثاب إله أن یرجع فیها؟قال:نعم ان کان شرط له علیه،قلت:أ رأیت ان وهبها له و لم یثبه أ یطأها أم لا؟قال:نعم إذا کان لم یشترط علیه حین وهبها».

السابع-ما رواه أیضا

عن عبد الرحمن بن أبی عبد الله و عبد الله بن سلیمان (۴)فی الصحیح

«قالا:سألنا أبا عبد الله علیه السلام عن الرجل یهب الهبه أ یرجع فیها ان شاء أم لا؟فقال:

تجوز الهبه لذوی القرابه،و الذی یثاب من هبته و یرجع فی غیر ذلک ان شاء».

و رواه بسند آخر عن عبد الله بن سنان (۵)مثله،الا انه قال و الذی یثاب فی هبته.

۱- ۱) المستدرک ج ۲ ص ۵۱۵ الباب ۵ ح ۲،العیاشی ج ۱ ص ۱۱۷ ح ۳۶۶.

۲- ۲) الکافی ج ۷ ص ۳۱ ح ۷،التهذیب ج ۹ ص ۱۵۶ ح ۶۴۳.الوسائل ج ۱۳ ص ۳۳۸ ح ۲.

۳- ۳) التهذیب ج ۹ ص ۱۵۴ ح ۶۳۳.الوسائل ج ۱۳ ص ۳۴۱ ح ۲.

۴- ۴) التهذیب ج ۹ ص ۱۵۵ ح ۶۳۶ الوسائل ج ۱۳ ص ۳۳۸ ح ۱.

۵- ۵) التهذیب ج ۹ ص ۱۵۸ ح ۶۵۰ و لا فرق بین الروایتین الوسائل ج ۱۳ ص ۳۴۲ ح ۳.

الثامن-ما رواه

فی الصحیح عن أبان عمن أخبره (١)

«عن أبی عبد الله علیه السلام قال:النحل و الهبه ما لم تقبض حتی یموت صاحبها؟قال:هی بمنزله المیراث و ان کان الصبی فی حجره فهو جائز،

قال:

و سألته هل لأحد أن یرجع فی صدقته وهبته؟قال:إذا تصدق لله فلا،و أما النحل و الهبه فیرجع فیها حازها أو لم یحزها و ان کانت لذی قرابه».

و رواه بطریق آخر فی الموثق عن داود بن الحصین (٢)عن أبی عبد الله علیه السلام قال:

«الهبه و النحله ما لم تقبض حتی یموت صاحبها؟قال:

هی میراث فان کانت لصبی فی حجره فأشهد علیه فهو جائز».

التاسع-ما رواه

عن المعلی بن خنیس (٣)قال:

«سألت أبا عبد الله علیه السلام هل لأحد أن یرجع فی صدقته أو هبته قال:أما ما تصدق به لله فلا»، الحدیث.

العاشر-ما رواه

عن معاویه بن عمار (۴)فی الصحیح قال:

«قلت لأبی عبد الله علیه السلام رجل کانت علیه دراهم لإنسان فوهبها له ثم رجع فیها ثم وهبها له ثم رجع فیها ثم وهبها له،ثم هلک قال:هی للذی وهب له».

الحادی عشر-ما رواه

عن جمیل بن دراج (۵)فی الموثق

«عن أبی عبد الله علیه السلام عن رجل وهب لابنه شیئا هل یصلح أن یرجع فیه؟قال:نعم الا أن یکون صغیرا».

الثانی عشر-ما رواه

عن صفوان (۶)فی الصحیح

«قال سألت الرضا علیه السلام عن رجل کان له علی رجل مال فوهبه لولده فذکر له الرجل المال الذی له علیه فقال له:لیس علیک فیه شیء فی الدنیا و الآخره یطیب ذلک له،و قد کان وهبه لولد له؟قال:نعم یکون وهبه له،ثم نزعه فجعله هبه لهذا».

ص: ۳۰۲

---

۱- ۱) التهذیب ج ۹ ص ۱۵۵ ح ۶۳۷.الوسائل ج ۱۳ ص ۳۳۴ الباب ۴ ح ۱.

۲- ۲) التهذیب ج ۹ ص ۱۵۷ ح ۶۴۸.الوسائل ج ۱۳ ص ۳۳۷ ح ۲.

۳- ۳) التهذیب ج ۹ ص ۱۵۸ ح ۶۵۱.الوسائل ج ۱۳ ص ۳۳۹ ح ۴.

۴- ۴) التهذیب ج ۹ ص ۱۵۵ ح ۶۳۸.الوسائل ج ۱۳ ص ۳۳۳ ح ۲.

۵- ۵) التهذیب ج ۹ ص ۱۵۷ ح ۶۴۶،و ص ۳۳۷ ح ۱.الوسائل ج ۱۳ ص ۳۳۷ ح ۱.

۶- ۶) التهذیب ج ۹ ص ۱۵۷ ح ۶۴۹،الوسائل ج ۱۳ ص ۳۳۳ الباب ۲.

الثالث عشر-ما رواه

فی الکافی عن محمد بن عیسی العبیدی (۱)قال:

« کتبت الی علی بن محمد علیهما السلام رجلا جعل لک جعلنی الله فداک شیئا من ماله ثم احتاج الیه أ یأخذه لنفسه أو یبعث به إلیک؟قال:هو بالخیار فی ذلک ما لم یخرجه عن یده،و لو وصل إلینا لرأینا أن نواسیه به و قد احتاج الیه».

الرابع عشر-ما رواه

الشیخ فی التهذیب عن أبی بصیر (۲)

«عن أبی عبد الله علیه السلام قال:قال الهبه لا تکون أبدا هبه حتی یقبضها،و الصدقه جائزه علیه».

الخامس عشر-ما رواه

عن إبراهیم بن عبد الحمید (۳)

«عن أبی عبد الله علیه السلام قال:أنت بالخیار فی الهبه ما دامت فی یدک،فإذا خرجت الی صاحبها فلیس لک أن ترجع فیها،و قال:قال رسول الله(صلی الله علیه و آله و سلم):من رجع فی هبته فهو کالراجع فی قیئه».

السادس عشر-ما رواه

فی الکافی و التهذیب عن سماعه (۴)فی الموثق قال:

« سألته عن رجل أعطی أمه عطیه فماتت و کانت قد قبضت الذی أعطاها و ثابت به، قال:هو و الورثه فیها سواء».

السابع عشر-ما رواه

فی التهذیب فی الصحیح عن أبی بصیر (۵)قال:

« قال أبو عبد الله علیه السلام الهبه جائزه قبضت أو لم تقبض قسمت أو لم تقسم،و النحل لا یجوز حتی یقبض،و انما أراد الناس ذلک فأخطئوا».

و رواه

الصدوق فی کتاب معانی الأخبار (۶)فی الصحیح الی أبی بصیر و هو

۱- ۱) الفقیه ج ۴ ص ۱۷۳ ح ۶۰۶.الوسائل ج ۱۳ ص ۳۳۶ ح ۸.

۲- ۲) التهذیب ج ۹ ص ۱۵۹ ح ۶۵۴.الوسائل ج ۱۳ ص ۳۳۶ ح ۷.

۳- ۳) التهذیب ج ۹ ص ۱۵۸ ح ۶۵۳.الوسائل ج ۱۳ ص ۳۴۳ ح ۴.

۴- ۴) التهذیب ج ۹ ص ۱۵۴ ح ۶۳۱،الکافی ج ۷ ص ۳۲ ح ۱۶.الوسائل ج ۱۳ ص ۳۱۷ ح ۳.

۵- ۵) التهذیب ج ۹ ص ۱۵۶ ح ۶۴۱.الوسائل ج ۱۳ ص ۳۳۵ ح ۴.

۶- ۶) معانی الأخبار ص ۳۹۲ ح ۳۸ ط تهران سنه ۱۳۷۹.

مشترک و ان کان الأظهر عده فی الصحیح قال:بعد قوله أو لم تقسم و انما أراد الناس النحل فأخطئوا،و النحل لا تجوز حتی تقبض».

الثامن عشر-ما رواه

فی الفقیه مرسلا (۱)قال:

«و فی روایه السکونی أن علیا علیه السلام کان یرد النحله فی الوصیه و ما أقر عند موته بلا ثبت و لا بینه رده».

التاسع عشر-ما رواه

فی التهذیب عن أبی بصیر (۲)قال:

«سألته عن الرجل یشتری المبیع فیوهب له الشیء و کان الذی اشتری لؤلؤا فوهبت له لؤلؤه فرأی المشتری فی لؤلؤه أن یرد أ یرد ما وهب له؟قال:الهبه لیس فیها رجعه و قد قبضها؟انما سبیله علی البیع،فان رد المبتاع المبیع لم یرد معه الهبه».

العشرون-ما رواه

عن سماعه (۳)فی الموثق قال:

«سألت أبا عبد الله علیه السلام عن عطیه الوالد لولده فقال:اما إذا کان صحیحا فهو ماله یصنع به ما شاء،و اما فی مرضه فلا یصلح».

الحادی و العشرون-ما رواه

عن أبی بصیر (۴)قال:

«سألت أبا عبد الله علیه السلام عن الرجل یخص بعض ولده بالعطیه؟قال:ان کان مؤسرا فنعم،و ان کان معسرا فلا».

الثانی و العشرون-ما رواه

عن سماعه (۵)عن أبی عبد الله علیه السلام عن الرجل یکون لامرأته علیه صداق أو بعضه فتبرئه منه فی مرضها قال:

«لا،و لکن ان وهبت له جاز ما وهبت له من ثلثها».

الثالث و العشرون-ما رواه

فی الکافی و التهذیب عن سماعه (۶)فی الموثق

---

۱- ۱) الفقیه ج ۴ ص ۱۸۴ ح ۶۴۶.

۲- ۲) التهذیب ج ۷ ص ۲۳۱ ح ۱۰۰۸.الوسائل ج ۱۳ ص ۳۳۵ ح ۴.

۳- ۳) التهذیب ج ۹ ص ۱۵۶ ح ۶۴۲.الوسائل ج ۱۳ ص ۳۸۰ ح ۱۲.

۴- ۴) التهذیب ج ۹ ص ۱۵۶ ح ۶۴۴.الوسائل ج ۱۳ ص ۳۸۴ ح ۱۱.

۵- ۵) التهذیب ج ۹ ص ۱۵۸ ح ۶۵۲.الوسائل ج ۱۳ ص ۳۸۴ ح ۱۲.

۶- ۶) الکافی ج ۷ ص ۳۴۶ ح ۱۴،التهذیب ج ۱۰ ص ۲۸۸ ح ۱۱۱۷،الفقیه ج ۴ ص ۱۱۰ ح ۳۷۱،الوسائل ج ۱۳ ص ۳۸۴ ح ۱۶.

قال: سألته عن رجل ضرب ابنته و هی حبلی فأسقطت سقطا میتا فاستعدی زوج المرأه علیه،فقالت المرأه لزوجها:ان کان لهذا السقط دیه و لی فیه میراث،فإن میراثی منه لأبی،قال:یجوز لأبیها ما وهبت له». و رواه فی الفقیه عن سماعه مثله

و رواه فی التهذیب بسند آخر صحیح عن سلیمان بن خالد (۱)عن أبی عبد الله علیه السلام مثله و قال

یؤدی أبوها إلی زوجها ثلثی دیه السقط».

الرابع و العشرون-

فی التهذیب عن عبد الله بن سنان (۲)فی الصحیح

«عن أبی عبد الله علیه السلام قال:لیس للمرأه مع زوجها أمر فی عتق و لا صدقه و لا تدبیر و لا هبه و لا نذر فی مالها إلا بإذن زوجها أو زکاه أو بر والدیها أو صله قرابتها».

الخامس و العشرون ما رواه

عن محمد بن إسماعیل بن بزیع (۳)قال:

سألت الرضا علیه السلام یأخذ من أم ولده شیئا وهبه لها من غیر طیب نفسها من خدم أو متاع أ یجوز ذلک له؟قال:نعم إذا کانت أم ولده.

السادس و العشرون-ما رواه

فی التهذیب عن إسحاق بن عمار (۴)فی الموثق

«قال قلت لأبی عبد الله علیه السلام ما تقول فی رجل یهب لعبده ألف درهم أو أقل أو أکثر فیقول:حللنی من ضربی إیاک و من کل ما کان منی إلیک و ما أخفتک و أرهبتک فیحلله و یجعله فی حل رغبه فیما أعطاه،ثم ان المولی بعد،أصاب الدراهم التی أعطاه فی موضع قد وضعها فیه العبد،فأخذها المولی إحلال هی له؟قال:فقال:

لا تحل له،لأنه افتدی بها نفسه من العبد مخافه العقوبه و القصاص یوم القیامه، قال:فقلت له:فعلی العبد أن یزکیها،إذا حال علیها الحول؟قال:لا،إلا أن یعمل له بها و لا یعطی العبد من الزکاه شیئا».



---

۱- ۱) التهذیب ج ۱۰ ص ۲۸۸ ح ۱۱۱۸.

۲- ۲) التهذیب ج ۷ ص ۴۶۲ ح ۱۸۵۱،الکافی ج ۵ ص ۵۱۴ ح ۴.

۳- ۳) التهذیب ج ۸ ص ۲۰۶ ح ۷۲۹.

۴- ۴) التهذیب ج ۸ ص ۲۲۵ ح ۸۰۸. و هذه الروایات فی الوسائل ج ۱۳ ص ۳۲۳ ح ۱ و ج ۱۶ ص ۱۲۳ ح ۲ و ج ۱۳ ص ۳۵ ح ۳.

أقول:و قد تقدم فی المقصد الثانی

موثق عبید بن زراره (۱)و فیه

«و لمن وهب أو نحل أن یرجع فی هبته حیز أو لم یحز،و لا ینبغی لمن اعطی الله عز و جل أن یرجع فیه».

إذا عرفت ذلک فاعلم أن الکلام هنا یقع فی مواضع

**[الموضع] الأول-لو أراد هبه ما فی الذمه**

**اشاره**

فلا یخلو اما أن یکون لغیر من علیه الحق،أو لمن علیه الحق،فهنا مقامان

**أحدهما فی هبه غیر من علیه الحق**

،و قد اختلف الأصحاب(رحمهم الله) فی صحه ذلک و بطلانه،و المشهور البطلان لما سیأتی-ان شاء الله تعالی-تحقیقه من أن القبض شرط فی صحه الهبه و ما فی الذمه یمتنع قبضه،قالوا:لأنه ماهیه کلیه لا وجود لها فی الخارج،و الجزئیات التی فی ضمنها لیس هی الماهیه،بل بعض أفرادها غیرها.

أقول:و یؤیده ما صرح به الشیخ فی المبسوط حیث منع من وقف الدین، قال:لأن من شروطه القبض،و الدین لا یمکن تسلیمه،و لا یمکن فیه القبض، و ذهب الشیخ و ابن إدریس و العلامه فی المختلف إلی الصحه،و احتج علیه فی المختلف بأنه یصح بیعه،و المعاوضه علیه،فتصح هبته لغیر من هو علیه،و اشتراط الهبه بالقبض لا ینافیه،لتحققه بأن یقبضه المالک،ثم یقبضه الموهوب،أو یوکله المالک فی القبض عنه،ثم یقبض من نفسه.

أقول:و یدل علی القول بالصحه ظاهر الخبر الثانی عشر،و التقریب فیه التقریر علی صحه الهبه لولده و ان جاز له نزعه منه،کما صرح به علیه السلام و النزع منه مستلزم لحصول الانتقال إلیه بالهبه.

بقی الکلام فیه من حیث جواز الرجوع فیما یهبه لولده،و هی مسئله أخری یأتی الکلام فیها ان شاء الله تعالی،و ظاهر الخبر هو صحه الهبه و ان لم یحصل قبض،و یمکن حمله علی أن القبض شرط فی اللزوم لا الصحه،و الهبه



---

۱- ۱) الکافی ج ۷ ص ۳۰ ح ۴،الوسائل ج ۱۳ ص ۳۴۲ ح ۱.

صحيحه و ان لم تكن لازمه،و سيجیء تحقيق الكلام فی ذلک أيضا ان شاء الله تعالی.

و أما ما قيل:من أن الـدين ماهيه كليه لا وجود لها فی الخارج الی آخر ما تقدم،فجوابه أنه لو تم ذلک لما صح بيعه و المعاوضـه عليه،لأن البيع مشروط بالقدره علی التسليم إجماعا فی غير الآبق،بل يشترط وجوده مطلقا،و الماهيه لا وجود لها علی ما ذكروه،و به يظهر أن المـاهيه و ان كـانت من حيث هی لا وجود لها إلا أنها موجوده بوجود بعض أفرادها،و الا لما صـح البيع و نحوه كما عرفت،مع أنه لا خلاف فی الصحه.

و بالجمله فإن ما فی الذمه ان كان موجودا متحققا يمكن قبضه و تسـليمه، فبيعه و هبته صـحيحان،لحصول الشـرط و القدره علی القبض،و نحن لا نحكم بصحه الهبه إلا بعد القبض،كما لا نحكم بصحتها لو تعلقت بعين إلا بعد قبضها،و القبض لما كان ممكنا بقبض بعض أفراد الماهيه كما قـدمنا ذكره صـحت الهبه،و توقفت علی حصول القبض علی ذلک الوجه،و لا ريب فی أن الـدين مملوک للواهب قبل قبضه،و قبضه ممكن علی الوجه المذكور،فصـحت هبته،و توقفت علی قبضه كما توقفت لو كانت عينا،و به يظهر أنه لا يمتنع نقله الی ملک المتهب حال كونه دينا كما ذكروه،لأنه مملوک له،و إلا لما صح بيعه أيضا.

**و ثانيهما-فی هبه من عليه الحق**

،و الظاهر أنه لا خلاف فی صـحه ذلک فی الجمله،إنما الخلاف فی اشتراط ذلک بالقربه،كما سيأتی بيانه ان شاء الله تعالی لكن الهبه هنا عند الأصحاب بمعنی الإبراء من الدين،فلا يشترط فيها القبض و لا يجری فيها الاشكال المتقدم ذكره،و يدل علی ذلک الخبر الثالث و العاشـر، و ما اشتمل عليه الخبر العاشر من الرجوع بعد الهبه،فإنما وقع فی حكايه كلام السائل،فلا ينافی ما دل عليه الخبر الآخر مـن أنـه بعـد الهبه ليس له الرجـوع، و بـذلک اسـتدل الأصـحاب علی كـون الهبه هنـا بمعنی الإبـراء،حيث ان الهبه بمجردها لا يلزم إلا فی مواضع مخصوصه يأتی ذكرها،و ليس هذا منها،فامتناع الرجوع

إنما كان من حيث انه إبراء،و الإبراء لازم لا رجوع فيه اتفاقا،و ظاهر الأصحاب أنه لا ينحصر فى لفظ،بل كلما أدى هذا المعنى من لفظ الإبراء أو العفو أو الهبه أو الإسقاط أو نحو ذلك،فإنه تحصل به البراءه و فراغ الذمه و قد أطلق عليه لفظ العفو فى قوله عز و جل (۱)«إِلاّٰ أَنْ يَعْفُونَ أَوْ يَعْفُوَا الَّذِی بِيَدِهِ عُقْدَةُ النِّكٰاحِ» و حيث ان الأصحاب قد اختلفوا فى أن الإبراء هل يتوقف صحته على القبول أم لا-؟و الهبه هنا فى معنى الإبراء كما عرفت،اختلفوا فى اشتراط القبول فيها،فكل من أوجبه ثمه أوجبه هنا و من لا فلا-و المشهور بين الأصحاب العدم،و نقل فى المختلف القول بالاشتراط عن الشيخ فى المبسوط و ابن زهره و ابن إدريس،قال:قال الشيخ فى المبسوط:

قال قوم من شرط صحته قبوله،و ما لم يقبل فالحق ثابت بحاله،و هو الذى يقوى فى نفسى،إلا أن شيخنا الشهيد الثانى فى المسالك ذكر أن كلام الشيخ فى المبسوط هنا مختلف،ففى أول المسئله قواه،و فى آخره قوى القول الآخر قال:

فإطلاق جماعه نسبه القول باشتراطه اليه ليس بجيد.

احتج القائلون بعدم الاشتراط بالأصل،و بأنه إسقاط لا نقل شيء إلى الملك فهو بمنزله تحرير العبد.

أقول:و يدل عليه ظاهر قوله عز و جل (۲)«إِلاّٰ أَنْ يَعْفُونَ أَوْ يَعْفُوَا الَّذِی بِيَدِهِ عُقْدَةُ النِّكٰاحِ» حيث اكتفى فى سقوط الحق بمجرد العفو،و القبول غير داخل فى مسماه قطعا،و استدل أيضا على ذلك بقوله عز و جل (۳)«فَنَظِرَةٌ إِلىٰ مَيْسَرَةٍ وَ أَنْ تَصَدَّقُوا خَيْرٌ لَكُمْ» حيث اعتبر مجرد الصدقه و لم يعتبر القول و قوله تعالى (۴):

«وَ دِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلىٰ أَهْلِهِ إِلاّٰ أَنْ يَصَّدَّقُوا» فأسقط الديه بمجرد الصدقه و لم يعتبر القبول،و المراد بالصدقه فى الآيتين الإبراء.



---

۱- ۱) سوره البقره-الايه ۲۳۷.

۲- ۲) سوره البقره-الايه ۲۳۷.

۳- ۳) سوره البقره-الايه ۲۸۰.

۴- ۴) سوره النساء-الايه ۹۲.

و اعترض فی المسالک علی الاستدلال فی الآیتین المذکورتین بأن الصدقه کما تقدم من العقود المفتقره إلی القبول إجماعا،فدلالتهما علی اعتباره أولی من عدمه.

أقول:الظاهر من کلام المفسرین و هو ظاهر الآیتین المذکورتین إنما هو الإبراء،و العفو عما یستحقونه،احتج القائلون بالاشتراط باشتمال الإبراء علی الهبه،فلا یجبر علی تحملها،و قبولها کهبه العین،و لو لم یعتبر القبول فتحملها جبرا.

و أجیب عنه بالفرق بین هبه العین و هبه الدین،فإن الأول تملیک،و الثانی إسقاط،فاعتبر القبول فی الأول دون الثانی،و توضیحه أن الهبه لما کانت هنا بمعنی الإبراء کما عرفت،و من الظاهر أن الإبراء لا یتعلق بالأعیان،فإنه لو أبرأ مالک الودیعه الودعی منها لم یملکها و لو قبل،و کذا لو أسقط حقه من عین مملوکه لم تخرج بذلک عن ملکه،بخلاف الدین،فإنه قابل لذلک،فإنه لیس شیئا موجودا،فکان أشبه بالعتق.

و أما ما ذکروه من اشتمال الإبراء علی الهبه،ففیه أنه لا یخفی أن إسقاط الإنسان حق نفسه باختیار،من غیر طلب من علیه الحق و استدعائه ذلک لا یظهر فیه منه،بثقل تحملها علی من علیه الحق،بخلاف هبه الأعیان المتوقفه علی القبول و القبض و نحو ذلک مما یشترط فی صحه العقود،مما هو ظاهر فی الحرص علی التملک الموجب للمنه غالبا،و الله العالم.

### [الموضع] الثانی [فی اشتراط القبض فی الهبه فی الجمله] :

#### اشاره

لا خلاف بین الأصحاب فی اشتراط القبض فی الهبه فی الجمله، و إنما الخلاف فی کونه شرطا فی الصحه أو اللزوم؟فالمشهور بین المتأخرین الأول، و نقله فی المختلف عن أبی الصلاح و نقله ابن إدریس عن أکثر علمائنا،و ذهب الشیخان و ابن البراج و ابن حمزه و ابن إدریس و العلامه فی المختلف إلی الثانی.

و یظهر الخلاف فی مواضع،منها النماء المتخلل بین العقد و القبض،فإنه یکون للواهب علی الأول،و للمتهب علی الثانی.

و منها ما لو مات الواهب قبل الإقباض،فإنها تبطل على الأول،و يتخير الوارث بين الإقباض و عدمه على الثانى.

و منها فطره المملوك الموهوب قبل الهلال و لم يقبضه الا بعده،فإنها على الواهب على الأول،و على الموهوب له على الثانى.

و منها نفقه الحيوان فى المده المتخلله،و أنت خبير بأن الأخبار فى هذا المقام لا تخلو من اختلاف،فمما يدل على القول الأول الخبر الثامن،حيث صرح فيه بأنها بعد الموت و قبل القبض ترجع ميراثا،و هو ظاهر فى بطلانها قبل القبض، و لو كانت صحيحه كما هو القول الآخر لكان الحكم تخير الوارث بين الإقباض فتلزم و عدمه،و الخبر الرابع عشر لدلالته على أن الهبه لا تكون هبه أبدا الا بالقبض، و مفهومه أنها بدونه لا تكون هبه و هو أظهر ظاهر فى البطلان بدون القبض.

و استدل القائلون بهذا القول زياده على الخبرين المذكورين بأن الأصل بقاء الملك على مالكه،و عدم تأثير العقد فى مقتضاه،خرج منه ما بعد القبض بالإجماع،فيبقى الباقى.

و أجاب عنه الآخرون بارتفاع الأصل بطرو السبب الناقل،و عموم الأمر (۱)«بالوفاء بالعقد»يمنع تأثيره بقبضه مطلقا،و أجابوا عن الروايه الأولى بضعف السند،و عن الثانيه بأنه لا يجوز حملها على ظاهرها،و الا لزم التناقض،بل المراد أن الهبه لا تكون هبه لازمه أبدا حتى يقبض،و هو أولى من إضمار الصحه، فإن ما ليس بصحيح كالمعدوم،و مما يدل على القول الثانى الخبر السابع عشر، و هو مع صحته ظاهر بل صريح فى صحه الهبه قبل القبض،لأن المراد بالجواز فى هذا الباب و ما تقدمه اللزوم فى أكثر الأخبار،و لكن وجه الجمع بين هذا الخبر و غيره يقتضى الحمل على الصحه،و احتجوا على ذلك زياده على الروايه بأنه عقد يقتضى التمليك،فلا يشترط فى صحته القبض،كغيره من العقود،و لعموم



---

۱- ۱) سوره المائده-الايه ۱.

الأمر بالوفاء بها المقتضى له،و لأنه تبرع كالوصيه،فلا يعتبر فيها أيضا.

و اعترضه فى المسالك فقال:و يمكن أن يقال:ان العقود منها ما يقتضى الملك،و منها ما لا يقتضيه بدون القبض،و قد تقدم منه الوقف،فيكون أعم، و المراد بالوفاء بها العمل بمقتضاها من لزوم و جواز و غيرهما،فلا يدل على المطلوب،و كذلك مطلق التبرع أعم مما لا يعتبر فيه القبض،و الحاقه بالوصيه قياس،و أجاب عن الروايه بأن إطلاق الهبه على غير المقبوضه أعم من الحقيقه، و جاز أن يكون مجازا تسميه للشىء باسم ما يؤل إليه على تقدير لحوقه،أو إطلاقا لاسم المجموع على بعض الأجزاء،فان الإيجاب و القبول أعظم أجزاء السبب التام فى تحققها،و مطلق جوازها لا نزاع فيه،انتهى و هو مؤذن باختياره القول الأول.

أقول:ما أجاب به عن تلك الوجوه غير بعيد،و ان أمكن المناقشه فى بعضه،و أما ما أجاب به عن الروايه فهو فى غايه البعد،و لو قامت أمثال هذه الاحتمالات لانسدت أبواب الاستدلالات،على أنه أولا لا معنى للحكم بالجواز عليها الذى هو بمعنى الصحه أو اللزوم كما عرفت،و الحال أنها ليست بهبه حقيقه،و إنما أطلق عليها مجازا،و الا للزم الحكم بالصحه فى كل ما أعطى و ان لم يكن هبه بمجرد ارتكاب التجوز فيه،و هو لا يقول به.

و ثانيا ان اللازم من كلامه استعمال اللفظ فى حقيقته و مجازه،و هم لا يقولون به،لأن قوله عليه السلام الهبه جائزه قبضت أو لم تقبض،قد أطلق فيه الهبه على كل من المقبوضه،و غير المقبوضه،و هى عنده ليست بهبه حقيقه،فقد استعمل عليه السلام لفظ الهبه فى كل من حقيقته و مجازه.

و ثالثا أن مقابلتها بالنحل و أنها لا يجوز حتى يقبض،بمعنى أنه يشترط فى صحتها أو لزومها القبض،أظهر ظاهر فى أن المراد بالهبه فى صدر الخبر هو ما يسمى هبه حقيقه لا مجازا،و الا فإن هذا الفرد المجازى الذى ادعاه حكمه حكم النحل

من أنه لا يجوز و لا يصح أو يلزم حتى يقبض،فأى معنى لهذه المقابله بينهما.

و بالجمله فإنى لا أعرف لما ذكره وجها وجيها،و لعله لسوء فهمى القاصر، و كيف كان فالمسئله لا تخلو من الاشكال،لظهور التعارض بين هذه الأخبار و تصادم التأويلات من الجانبين،و ان كان القول الثانى لا يخلو من قوه،و قد تقدمت الإشاره إلى دلاله الخبر الثانى عشر فى ذلك.

قال فى الدروس بعد نقل القولين المتقدمين:و الروايات متعارضه،ثم قال و لعل الأصحاب أرادوا باللزوم الصحه،فان فى كلامهم اشعارا ما به،فان الشيخ قال لا يحصل الملك الا بالقبض،و ليس كاشفا من حصوله بالعقد،مع أنه قائل بأن الواهب لو مات لم تبطل الهبه،فيرتفع الخلاف،انتهى.

و اعترضه فى المسالك قال:و فيه نظر،لمنع تعارض الروايات على ما قد سمعت،فان الجمع بينهما ممكن،و اراده جميع الأصحاب من اللزوم الصحه غير واضع فإن العلامه فى المختلف نقل القولين و احتج لهما،ثم اختار الثانى فكيف يحمل على الآخر،نعم كلام الشيخ الذى نقله متناقض،و ليس حجه على النافين فان الخلاف متحقق.

أقول:ما ذكره من منع تعارض الروايات ان كان بالنظر الى تأويله الخبر الذى هو مستند القائلين بالقول الثانى فقد عرفت ما فيه،فان تأويله فى غايه البعد كما أوضحناه،و ان كان غير ذلك فليس فى كلامه ما يدل عليه.

و التحقيق أن التعارض ثابت،و أوضحناه فى معانى الأخبار المذكوره،و اما باقى ما ذكره فهو جيد،و العجب هنا من العلامه فى التذكره حيث قال:الهبه و الهديه و الصدقه لا يملكها المتهب و المهدى اليه و المتصدق عليه بنفس الإيجاب و القبول إذا كان عينا إلا بالقبض،و بدونه لا يحصل الملك عند علمائنا اجمع،انتهى.

و هو صريح فى دعوى الإجماع على أن القبض شرط فى الصحه،و هو و ان مؤذنا بصحه ما ادعاه فى الدروس،الا أن الخلاف مشهور كما عرفت،و الشيخان

و من تبعهما ممن تقدم ذكر بعض منهم على القول بأنه شرط فى اللزوم،و قد فرع الشيخ على الخلاف المذكور فطره العبد المشترى قبل الهلال مع عدم القبض إلا بعده،فقال فى المبسوط:من وهب لغيره عبدا قبل أن يهل شوال فقبل الموهوب له و لم يقبضه حتى هل شوال ثم عبضه،فالفطره على الموهوب له،لأن الهبه تنعقد بالإيجاب و القبول،و ليس من شرط انعقادها القبض،و فى أصحابنا من يقول القبض شرط فى صحه الهبه،فعلى هذا لا فطره عليه،و تلزم الفطره الواهب،انتهى ملخصا،فانظر الى صراحته فى الخلاف و صراحته فى اختيار القول بحصول الملك بمجرد العقد من غير توقف على القبض،و هو(قدس سره)فى المختلف قد وافق الشيخ فى هذه المقاله،و احتج بما ذكره الشيخ،و بذلك يظهر لك عدم الوثوق بهذه الإجماعات المتناقله فى كلامهم،و المتكاثره الدوران على رؤوس أقلامهم.

إذا عرفت ذلك فاعلم أن فى المقام اشكالا لم أقف على من تنبه له،و هو أن مقتضى القول بكون القبض شرطا فى اللزوم لا فى الصحه،هو أن الهبه بدون القبض تكون صحيحه غير لازمه،و بالقبض تكون لازمه،بمعنى أنه لا يجوز الرجوع فيها،إذ المتبادر من اللزوم هو ذلك،مع أنه كما سيأتى ان شاء الله تعالى ذكره ان الأمر ليس كذلك حيث انهم عدوا المواضع التى لا يجوز الرجوع فيها، و حصروها فى مواضع مخصوصه،و ان كان على خلاف فى بعضها،و ليس هذا منها، و صرحوا بأنه لا خلاف فى جواز الرجوع فيما عداها،و ممن صرح بذلك المحدث الكاشانى فى المفاتيح،لما فهمه من كلامهم،فقال بعد عده المواضع المشار إليها ما لفظه:و فى غير ما ذكر يجوز له الرجوع مطلقا بلا خلاف،كما فى الصحاح المستفيضه،ثم نقل ما يخالفها،و حمله على الكراهه،و الاشكال كما ترى ظاهر، و لا مخرج من هذا الإشكال إلا بما ذكره فى التذكره،و أشار إليه فى الدروس مما يرجع إلى حمل اللزوم على الصحه،إلا أنك قد عرفت ما فيه،و بالجمله فإن كلامهم فى هذا المقام لا يخلو من تشويش و اضطراب كما لا يخفى على ذوى الأفهام و الألباب،و الله العالم

ص:٣١٣

## تنبیهات:

### الأول:لو مات المتهب بعد العقد و قبل القبض

،فالظاهر أنه کموت الواهب فی التفریع علی القولین المتقدمین،فان قلنا ان القبض شرط فی الصحه بطلت الهبه فی الموضعین،و صار الموهوب میراثا لورثه الواهب،و ان قلنا بالقول الأخیر تخیر الواهب فی الإقباض و عدمه فی موت المتهب،و تخیر وارثه فی ذلک فی موت الواهب،صرح بذلک فی التذکره و أکثر الأصحاب لم یذکروا إلا موت الواهب.

و استدل فی المسالک علی البطلان بموت الواهب-حیث انه المفروض فی عباره المصنف بمرسله أبان،و روایه داود بن الحصین المتقدمین-ثم طعن فیهما بضعف السند،و مورد الخبرین کما تری انما هو موت الواهب،ثم نقل عن الشیخ فی المبسوط الخلاف فی ذلک،حیث انه قال لا تبطل الهبه،و تقوم الورثه مقامه کالبیع فی مده الخیار،من حیث ان الهبه عقد یؤل الی اللزوم،فلا ینفسخ بالموت، و تبعه ابن البراج علی ذلک،مع أن الشیخ قال فی هبه ذی الرحم:إذا مات قبل قبضها کان میراثا،و قال:ان الملک لا یحصل الا بالقبض،و لیس کاشفا عن حصوله بالعقد،ثم أورد علیه التناقض بین کلامیه.

أقول:کلام الشیخ الأول مبنی علی مذهبه الذی قدمنا نقله عنه من أن القبض شرط فی اللزوم لا فی الصحه،إلا أنه ناقضه بکلامه الأخیر،و هذا هو ما قدمت الإشاره إلیه فی تمسک صاحب الدروس به فی رفع الخلاف من البین.

ثم انه قال فی المسالک:و لا فرق مع موته قبل القبض بین اذنه فیه قبله و عدمه،لبطلان الاذن بالموت،و فی معناه ما لو أرسل هدیه الی انسان فمات المهدی أو المهدی الیه قبل وصولها،فلیس للرسول دفعها حینئذ الی المهدی الیه،و لا الی ورثته لبطلان الهدیه بالموت قبل القبض کالهبه،انتهی.

### الثانی [عدم قبول الإنکار بعد الإقرار بالهبه و الإقباض] :

قالوا:لو أقر الواهب بالهبه و الإقباض حکم علیه بإقراره،و ان کانت الهبه فی ید الواهب،و لو أنکر بعد ذلک لم یقبل،لعموم (۱)

«إقرار العقلاء علی أنفسهم جائز». و کونها فی یده لا یستلزم عدم الإقباض بعد اعترافه،لإمکان رجوعها الیه بعد ذلک،الا أن یعلم کذبه فی اخباره الأول،کقطر الوقت الذی یسع القبض و الرد و نحو ذلک.

### الثالث [فی اشتراط إذن الواهب فی صحه القبض] :

قد صرحوا بأنه لا بد من اذن الواهب فی صحه القبض،فلو قبض الموهوب الهبه بغیر اذنه لم ینتقل الیه،و فی المسالک أنه لا خلاف فیه عندنا.

أقول:و الوجه فیه واضح،و هو أن الإقباض غیر واجب علی الواهب، لعدم الاستحقاق الشرعی حیث ان مجرد العقد غیر موجب للنقل البتی فإنه من العقود،و لزومه مراعی بالأسباب المخصوصه الآتی تفصیلها ان شاء الله تعالی و حینئذ فلو قبضه بغیر اذن فهو محرم بلا ریب،و الظاهر کما هو المشهور أنه لا یعتبر فی القبض کون الإذن بنیه الهبه،فلو أذن فیه مطلقا صح،خلافا لبعضهم حیث اعتبر وقوعه للهبه أو الاذن فیه فان ذلک هو المقصود،و حیث کان مطلق القبض صالحا لها و لغیرها فلا بد من مائز و هو القصد،قال فی المسالک بعد نقل ذلک:

«و هو حسن»،حیث یصرح بکون القبض لا لها،لعدم تحقق القبض المعتبر فیها، أما لو أطلق فالاکتفاء به أجود،لصدق اسم القبض و صلاحیته للهبه و دلاله القرائن علیه بخلاف ما لو صرح بالمصارف،انتهی و هو جید.

### الرابع [حکم ما لو وهبه فی ید الموهوب] :

الأشهر الأظهر أنه لو وهبه فی ید الموهوب،فإنه لا یحتاج إلی اذن فی القبض،و لا مضی زمان یمکن القبض،و لا فرق فی ذلک بین کون ذلک بیده بوجه شرعی کالعاریه و الودیعه أو لا کالغصب.

أما الأول فلصدق القبض و حصوله فی کل من الجانبین،فإنه مستصحب، و إیجاب العقد المقتضی لإقرار یده علی العین رضا منه،و اذن بالقبض.



---

۱- ۱) المستدرک ج ۳ ص ۴۸،الوسائل ج ۱۶ ص ۱۳۳ ح ۲.

و أما الثانی فإنه حیث لا یفتقر الی قبض و لا اذن جدید فی القبض لا یفتقر الی مضی زمان یمکن فیه القبض،لأن الافتقار الی الزمان تابع للقبض،حیث انه من ضروریاته و لوازمه،فیعتبر حیث یعتبر،و قد عرفت أنه لا یفتقر الی قبض جدید و إذا لم یعتبر المتبوع سقط اعتبار التابع،و به یظهر ان ما صار الیه بعضهم من أنه یفتقر الی مضی زمان یمکن فیه القبض-کما نقل عن الشیخ فی المبسوط أو الی إذن جدید و مضی زمان-فإنه لا وجه له،و أصاله العدم أقوی دلیل فی المقام.

**الخامس [فیمن یتولی القبض فی الهبه للصغیر] :**

لو وهب الأب أو الجد لولده الصغیر ما هو بیدهما لم یفتقر الی قبض جدید لان قبض الولی قبض عنه،و لا یفتقر أیضا الی مضی زمان یمکن فیه القبض لعین ما تقدم فی سابق هذا الموضع،و قد تقدم فی أخبار الصدقه علی الولد أن قبض الأب و الجد عن الصغیر کاف فی صحه الصدقه،ففی

روایه السکونی (1)

«و ان تصدق علی من لم یدرک من ولده فهو جائز،لأن والده هو الذی یلی أمره».

و بالجمله فإن الحکم لا اشکال فیه و لا خلاف نصا و فتوی فیما أعلم،فإن القبض السابق علی الهبه کاف عن القبض الطاری بعدها،و أیدوه بأن الید المستدامه أقوی من الید المبتدأه بقی الکلام هنا فی مواضع:أحدها-انا قد أشرنا سابقا الی أن محل البحث فیما لو وهب الأب أو الجد ما هو فی یدهما،و اما لو لم یکن کذلک بأن یکون ملکهما،و لکنه فی یدهما،فقد صرح الأصحاب بأنه یفتقر الی قبض جدید کغیره،و فرضوا ذلک فیمن اشتری شیئا و لم یقبضه فان الملک یتم بالعقد و ان لم یقبضه،و یجوز نقله بالهبه و نحوها،و ان امتنع بیعه علی بعض الوجوه کما تقدم فی کتاب البیع فی مسئله بیع ما لم یقبض،و یمکن أیضا فرض ذلک فی مال ورثه الأب أو الجد،و هو تحت ید الغیر،و لم یتمکن من قبضه،و فیما غصب منه

ص:316

---

1- 1) الکافی ج 7 ص 31 ح 7،التهذیب ج 9 ص 135 ح 569 و فیهما عن محمد بن مسلم،الفقیه ج 4 ص 182 ح 639 عن عبید بن زراره،الوسائل ج 13 ص 297 ح 1 و ص 299 ح 5.

و فیما آجره لغیره قبل الهبه.

أما الودیعه فإنهم صرحوا بأنه لا یخرج بها عن ید المالک،لان ید المستودع کیده،قالوا:و فی العاریه وجهان:أجودهما ما خروجه بها عن یده،فیفتقر الی قبض جدید من الولی أو من یوکله فیه،و لو وکل المستعیر کفی.

و ثانیها أنه هل یعتبر قصد القبض عن الطفل بعد الهبه لیتمحض القبض لها، الظاهر تفریع ذلک علی ما تقدم فی التنبیه الثالث،فعلی ما ذکره العلامه (رحمه الله علیه)من أن مطلق القبض صالح للهبه و غیرها فلا بد من مائز، و هو القصد للهبه یأتی أن هنا کذلک،لأن المال المقبوض بید الولی،فلا ینصرف الی الطفل إلا بصارف و هو القصد،و علی ما ذکره فی المسالک و هو الأظهر کما تقدمت الإشاره إلیه من الاکتفاء بعدم قصد القبض لغیره یکفی هنا،و ینصرف الإطلاق إلی قبض الهبه و تلزم الهبه بذلک.

و ثالثها ان المشهور فی کلام الأصحاب اختصاص هذا الحکم بالولد الصغیر، و أما لو کان بالغا رشیدا ذکرا و أنثی فإنه لا بد من قبضه،و علیه تدل الأخبار.

و قال ابن الجنید فی کتابه الأحمدی:و هبه الأب لولده الصغار و بناته الذین لم یخرجوا عن حجابه،و ان کن بالغات تامه،و ان لم یخرجها عن یده،لأن قبضه قبض لهم،انتهی.

و الحاقه البنات فی الحجاب بالأولاد الصغار،قیاس محض،و قیاسه علی النکاح ممنوع مع وجود الفارق،و بالجمله فهو قول نادر لا یعبأ به.

و رابعها-أنه لو کان الواهب للصغیر غیر الأب و الجد له،فإنه لا خلاف فی أنه لا بد من القبض عنه،و یتولی ذلک الأب أو الجد أو الوصی أو الحاکم أو من یعینه،و انما الخلاف فی أنه للصغیر و لی شرعی غیر الأب و الجد کالوصی فهل یتولی القبض له؟أم یرجع الأمر إلی الحاکم؟الذی صرح به الشیخ فی المبسوط و تبعه علیه جمع منهم المحقق فی الشرائع الثانی،فإنهم ألحقوا الوصی هنا بغیر

الولی من الأجانب،و احتج فی المبسوط بأنه لا یصح أن یبیع من الصبی شیئا أو یشتری عنه،قال:و ینصب الحاکم أمینا یقبل منه هبته للصبی،فإذا قبلها صحت الهبه،قال فی المختلف بعد نقل ذلک عنه و الوجه التسویه بینه و بین الأب لأن له أن یقبل هبه غیره،فکذلک یقبل هبه نفسه،لعموم ولایته،فلا وجه لاختصاصها بغیره،و الجواب عما احتج به،المنع من حکم الأصل،فإن له أن یبیع و یقبل الشراء و أیضا الفرق فإن المعاوضه قد یحصل بها التغابن،أما الهبه فإنها عطیه محضه،فکانت المصلحه فیها ظاهره،انتهی و هو جید.

**السادس [فی کیفیه القبض فی هبه المشاع] :**

لا خلاف و لا إشکال فی جواز هبه المشاع کغیره،و یدل علی ذلک ما رواه

فی الکافی عن أحمد بن عمر الحلبی عن أبیه (۱)قال:

«سألت أبا عبد الله علیه السلام عن دار لم تقسم فتصدق بعض أهل الدار بنصیبه من الدار؟قال:یجوز قلت:أ رأیت ان کانت هبه؟قال:یجوز».

و قبضه کالقبض فی البیع،فان اکتفینا بمجرد التخلیه مطلقا کما هو أحد القولین فلا اشکال،و ان اعتبرنا الفرق بین المنقول و غیر المنقول فتختص التخلیه بغیر المنقول،فلا بد فی المنقول من النقل،لیتحقق قبض الحصه الموهوبه،فإن کان الشریک هو الواهب،فاقباضه بتسلیم الجمیع للمتهب،لیتحقق القبض، و ان کان الشریک غیره،توقف تسلیم الکل علی اذن الشریک،فإما أن یرضی بذلک أو یوکل المتهب الشریک علی القبض عنه،فان تعاسرا رفع إلی الحاکم، فینصب أمینا یقبض الجمیع نصیب الهبه،و الباقی أمانه حتی یتم العقد،هذا هو المشهور،و به قال فی المبسوط،و تبعه الأکثر،و قال العلامه فی المختلف فی صوره التعاسر:و الوجه عندی جعل القبض هنا التخلیه،لأنه مما یمکن نقله و تحویله، فإنه لا فرق بین عدم الإمکان المستند إلی عدم القدره الحسیه،أو عدم القدره الشرعیه،و هو أولی من التحکم فی مال الشریک،بغیر اختیاره.



---

۱- ۱) الکافی ج ۷ ص ۳۴ ح ۲۴،الوسائل ج ۱۳ ص ۳۴۵ الباب ۱۲.

و اعترضه فی المسالک بأن فیه منع عدم القدره الشرعیه،حیث یوجد الحاکم المجبر أما مع عدمه فلا بأس به دفعا للضروره و العسر،انتهی، و قد سبقه إلی ذلک شیخنا الشهید فی الدروس کما سیأتی ذکره ان شاء الله تعالی،و نقل فی المسالک عن شیخنا الشهید فی الدروس قولا آخر،قال:و بالغ شیخنا فی الدروس فاشترط اذن الشریک فی القبض مطلقا،حتی لو اکتفینا بالتخلیه،نظرا إلی أن المراد منها رفع ید المالک و تسلیط القابض علی العین، و ذلک لا یتحقق الا بالتصرف فی مال الشریک،فیعتبر اذنه و رفع المانع عن حصه المالک خاصه مع الإشاعه لا یحصل به التسلط علی الغیر الذی هو المقصود من القبض،و قبض جمیع العین واحد لا یقبل التفرقه بالحکم،و من ثم لو کانت العین مقبوضه بید متسلط لم تکف التخلیه من المالک و تسلیطه علیها،مع وجود المانع من التسلیم،و له وجه حسن،و ان کان الأشهر الأول.

أقول:لم أقف علی هذا الکلام فی الکتاب المذکور فی باب الهبه و احتمال کونه فی غیره بعید،و الذی ذکره فی باب الهبه موافق لما علیه الجماعه،قال:

و قبض المشاع یعتبر فیه اذن الشریک و ان کان غیر منقول،فلو وکل المتهب الشریک فی القبض صح،و ان تعاسر نصب الحاکم أمینا یقبض الجمیع نصفه أمانه للمتهب،و فی المبسوط غیر المنقول تکفی فیه التخلیه عن اذن الشریک،و فی المختلف تکفی فیه التخلیه فی المنقول أیضا و هو مفارقه لقاعدته فی القبض، و اعتذاره بأن عدم القدره شرعا ملحقه بغیر المنقول ممنوع،لأنا نتکلم علی تقدیر التمکن من الحاکم،أما مع عدم التمکن منه فإنه حسن،انتهی.

و هو موافق لما فی المبسوط إلا فی غیر المنقول فان الشیخ فی المبسوط اکتفی فیه بالتخلیه عن اذن الشریک،و هو اعتبر الاذن،و لم یکتف بالتخلیه،و أما مع التعاسر فهو موافق لما ذکره الشیخ.

و أما ما ذکره فی المسالک من هذا الکلام بطوله فلا وجود له اللّهمّ إلا أن

یکون هذا التعلیل الطویل أعنی قوله«نظرا الی أن المراد منها»الی آخر الکلام من کلام صاحب المسالک،تعلیلا له لما نقله عن الدروس،و أن الحکم مع عدم الاذن هو ما ذکره مما نقلناه عنه فیزول الاشکال لکنه لا یخلو من بعد.

و کیف کان فالظاهر هو ما ذکره الشیخ و أکثر الجماعه،قال فی المسالک:

و حیث یعتبر اذن الشریک فقبض المتهب بدونه و ما فی حکمه یقع لاغیا،لا للنهی، فإنه لا یقتضی الفساد فی غیر العباده،بل لأن القبض لما کان من أرکان العقد اعتبر فیه کونه مرادا للشارع،فإذا وقع منهیا عنه لم یعتد به شرعا فیختل رکن العقد و قد عرفت أنه قبض واحد لا یقبل التفرقه فی الحکم،بجعل القبض للموهوب معتبرا و النهی عن حق الغیر الخارج عن حقیقه الموهوب،انتهی.

أقول:قد سلف هنا و من هذا القائل تحقیق فی أن قولهم النهی لا یقتضی الفساد فی غیر العباده لیس علی إطلاقه،بل قد یقتضی الفساد فی غیر العباده لما قدمناه من التفصیل بأن النهی ان توجه إلی ذات الشیء و عدم صلاحه لترتب الحکم الشرعی علیه کالنهی عن بیع العذره لعدم صلاحیتها للنقل،و النهی عن نکاح المحارم و نحو ذلک،فإنه یقتضی الفساد بلا اشکال،و ان توجه إلی أمر خارج کالبیع وقت النداء یوم الجمعه لم یقتض الفساد،و انما یقتضی الإثم خاصه،و الظاهر أن ما نحن فیه من القسم الأول،فإن النهی للمتهب عن قبض المشترک بغیر اذن المالک للمتهب إنما هو من حیث عدم صلاحیته و قابلیته للانتقال،لا من حیث أمر خارج فلا حاجه إلی ما تکلفه(قدس سره)مع أنه لا یخلو من المناقشه،فإنه لو تم لأمکن إجراؤه فی سائر المعاملات،و عدم اراده الشارع غایه ما یقتضیه الإثم بالمخالفه،کما لا یخفی و الله العالم.

#### السابع:لو وهب اثنین شیئا

فقبلا و قبضا فلا إشکال فی الصحه،لاستجماع شرائطها و لو قبل أحدهما و قبض،و امتنع الآخر صحت الهبه بالنسبه إلی القابل، و بطلت بالنسبه إلی الآخر،لحصول شرائط الصحه فی الأول دون الثانی،و ربما

يقال:انه عقد واحد لا يتعبض،فان قبلا و قبضا صح،و الا فلا،لأنا نقول:و ان كان بصوره عقد واحد الا أنه بتعدد الموهوب فى قوه عقدين،و نظيره ما لو اشتريا دفعه واحده،فإن لكل واحد منهما حكم نفسه فى الخيار و نحوه،كما تقدم فى فى كتاب البيع،و الله العالم.

## الموضع الثالث [فى جواز تفضيل بعض الأولاد] :

لا خلاف و لا إشكال فى جواز تفضيل بعض الولد و ان كان على كراهه عند الأصحاب،إلا ما نقل عن ظاهر ابن الجنيد من التحريم إلا مع المزيه.

قال فى المسالك:أما جواز التفضل فى الجمله فهو المشهور بين الأصحاب و غيرهم،و يشهد له (۱)

«ان الناس مسلطون على أموالهم». و يظهر من ابن الجنيد التحريم إلا مع المزيه،و التعديه إلى باقى الأقارب مع التساوى فى القرب، و الوجه الكراهه المؤكده

لقوله(صلى الله عليه و آله و سلم) (۲)

سووا بين أولادكم فى العطيه،فلو كنت مفضلا أحدا لفضلت البنات،و ان التفضيل يورث العداوه و الشحناء بين الأولاد كما هو الواقع شاهدا و غابرا. و لدلاله ذلك على رغبه الأب فى المفضل المثير للحسد المفضل إلى قطيعه الرحم،

و قد روى

أن النعمان بن بشير (۳)أتى أبوه إلى النبى(صلى الله عليه و آله و سلم)فقال:انى نحلت ابنى هذا غلاما فقال النبى(صلى الله عليه و آله و سلم):أكل ولدك نحلت مثل هذا فقال لا:فقال:أردده،.

و فى روايه أخرى (۴)

«ان النبى(صلى الله عليه و آله و سلم)قال له:أ تحب أن يكونوا لك فى البر سواء؟فقال:نعم فارجعه،.

قال و فى حديث آخر (۵)عنه(صلى الله عليه و آله و سلم)انه قال لمن أعطى بعض أولاده شيئا أكل ولدك أعطيته مثله قال:لا،قال:فاتقوا الله و اعدلوا بين أولادكم فرجع فى تلك العطيه»و فى روايه أخرى

«لا تشهدنى على جور».



---

۱- ۱) البحار ج ۲ ص ۲۷۲ ح ۷ الطبع الحديث.

۲- ۲) المسند لأحمد بن حنبل ج ۴ ص ۳۷۵.

۳- ۳) البخاری کتاب الهبه الباب ۱۲.

۴- ۴) البخاری کتاب الهبه الباب ۱۲.

۵- ۵) البخاری کتاب الهبه الباب ۱۲.

و هذه الروايات تصلح حجه لابن الجنيد و الأصحاب حملوها على تقدير سلامه السند على الكراهه جمعا و قد روى أبو بصير فی الصحیح (۱)ثم نقل الخبر الحادی و العشرین ثم قال:و لا قائل بمضمونه تفصیلا غیر أن تجویزه العطیه مع الیسار مطلقا حجه المشهور،و منعه عنه مع الإعسار مناسب للکراهه،و الحق الفصل حیث یکون علیه دین و نحوه،و إطلاق النصوص السابقه یقتضی عدم الفرق بین الصحه و المرض،و حالتی الیسر و العسر،إلا الحدیث الأخیر،فخص النهی بحاله العسر،و فی روایه سماعه ثم ذکر الخبر العشرین،ثم قال:و عمل بمضمونها العلامه فی المختلف،و خص الکراهه بالمرض أو الإعسار و فی بعض نسخه بهما معا، و الظاهر أن دلاله الخبرین علی الأول أوضح،و الأقوی عموم الکراهه بجمیع الأحوال،و تأکدها مع المرض و الإعسار أعمالا بجمیع الأدله،لعدم المنافاه انتهی.

و علی هذا النهج کلام غیره من الأصحاب و أنت خبیر بأن ما قدمه من الأخبار عنه(صلی الله علیه و آله و سلم)الظاهر أنه من أخبار العامه و روایاتهم، کما یشهد به سیاقها،لعدم وجود شیء منها فی کتب أخبارنا،و إنما الموجود فیها ما یخالف هذه الأخبار،و یناقضها من جواز التفصیل،و هی متکاثره بذلک.

فمنها ما رواه

فی الکافی و الفقیه عن محمد بن قیس (۲)فی الحسن قال:

« سألت أبا جعفر علیه السلام عن الرجل یفضل بعض ولده علی بعض؟قال:نعم و نسائه».

و ما رواه

الشیخ فی التهذیب فی الصحیح عن حریز عن محمد بن مسلم (۳)

«عن أبی عبد الله علیه السلام قال:سألته عن الرجل یکون له الولد من غیر أم أ یفضل بعضهم علی بعض؟فقال:لا بأس».

قال:حریز و حدثنی معاویه و أبو کهمس

انهما سمعا



---

۱- ۱) التهذیب ج ۹ ص ۱۵۶ ح ۶۴۴،الوسائل ج ۱۳ ص ۳۸۴ ح ۱۲.
۲- ۲) الکافی ج ۷ ص ۱۰ ح ۶،الفقیه ج ۴ ص ۱۱۴ ح ۴۹۵،الوسائل ج ۱۳ ص ۳۴۳ ح ۱.
۳- ۳) التهذیب ج ۹ ص ۱۹۹ ح ۷۹۵،الوسائل ج ۱۳ ص ۳۴۴ ح ۲ و ۳.

أبا عبد الله عليه السلام يقول:صنع ذلک علی علیه السلام بابنه الحسن و فعل ذلک الحسین بابنه علی و فعل ذلک أبی بی،و فعلته أنا».

و عن إسماعیل بن عبد الخالق (۱)فی الصحیح قال:

«سمعت أبا عبد الله علیه السلام یقول:فی الرجل یخص ولده ببعض ماله فقال:لا بأس بذلک».

و ما رواه

فی الکافی فی الصحیح عن سعد بن سعد الأشعری (۲)قال:

« سألت أبا الحسن الرضا علیه السلام عن الرجل یکون بعض ولده أحب إلیه من بعض و یقدم بعض ولده علی بعض؟فقال:نعم قد فعل ذلک أبو عبد الله علیه السلام نحل محمدا و فعل ذلک أبو الحسن علیه السلام نحل أحمد شیئا فقمت أنا به حتی حزته له، فقلت:جعلت فداک الرجل یکون بناته أحب إلیه من بنیه؟فقال:البنات و البنون فی ذلک سواء،انما هو بقدر ما ینزلهم الله عز و جل منه».

قوله علیه السلام«فقمت أنا به»أی تولیته له،و کان أحمد کان صغیرا،و قوله «انما هو بقدر ما ینزلهم الله»أی المحبه التی یقع فی قلبه انما هی من الله تعالی فبقدر ما یجعل الله لهم فی قلبه یجعل المحبه ذکورا أم اناثا.

و ما رواه

فی الفقیه عن رفاعه (۳)عن أبی الحسن علیه السلام قال:

«سألته عن الرجل یکون لهم بنون و أمهم لست بواحده أ یفضل أحدهم علی الآخر؟قال:

لا بأس به،و قد کان یفضلنی علی عبد الله».

أقول:و هذه الروایات مع کثرتها و صحتها قد اتفقت علی جواز التفضل من غیر إشاره فی شیء منها علی الکراهه،فضلا عن التصریح،و قد فعلوه علیهم السلام بمن کان ممن یستحق التفضیل و من لا یستحقه،و بذلک یظهر لک أن جمیع ما أطال به(قدس سره)من تلک الأخبار العامیه و التعلیلات العقلیه کله تطویل بغیر طائل.



---

۱- ۱) التهذیب ج ۹ ص ۲۰۰ ح ۷۹۶،الوسائل ج ۱۳ ص ۳۴۴ ح ۴.
۲- ۲) الکافی ج ۶ ص ۵۱ ح ۱،التهذیب ج ۸ ص ۱۱۴ ح ۳۹۲،الوسائل ج ۱۵ ص ۲۰۳ الباب ۹۱ ح ۱.
۳- ۳) الفقیه ج ۳ ص ۳۱۱ ح ۱۷،الوسائل ج ۱۵ ص ۲۰۴ ح ۲.

و ليت شعرى كيف غفلوا جميعا عن هذه الأخبار و هى فى الكتب الأربعه التى يتداولونها حتى التجئوا الى هذه الأخبار العاميه،و العجب هنا من صاحب المفاتيح حيث تبع صاحب المسالك فيما نقلناه عنه،و غفل أيضا عن هذه الأخبار كما لا يخفى على من راجعه.

نعم

روى فى الفقيه عن السكونى (۱)قال:

«و فى روايه السكونى قال:

نظر رسول الله(صلى الله عليه و آله و سلم)الى رجل له ابنان فقبل أحدهما و ترک الآخر فقال النبى(صلى الله عليه و آله و سلم):فهلا واسيت بينهما». و ربما يتوهم متوهم تخصيص الأخبار المتقدمه بهذا،و هو باطل بل الأظهر حمله على التقيه،فإن روايه عامى مع أنه لم يسنده الى الامام عليه السلام و قد عرفت دلاله روايات العامه على ما دل عليه.

و أما ما رواه

العياشى فى تفسيره عن مسعده بن صدقه (۲)قال:

«قال جعفر بن محمد عليه السلام قال والدى:و الله انى لا صانع بعض ولدى و أجلسه على فخذى و أكثر له المحبه،و أكثر له الشكر،و ان الحق لغيره من ولدى،و لكن محافظه عليه منه و من غيره،لئلا يصنعوا به ما فعل بيوسف و اخوته و ما أنزل الله سوره يوسف إلا أمثالا لكيلا يحسد بعضنا بعضا كما حسد بيوسف اخوته،و بغوا عليه فجعلها رحمه على من تولانا،و دان بحبنا،و جحد أعدائنا،على من نصب لنا الحرب و العداوه». فغايه ما يدل عليه أنه عليه السلام كان يظهر التفضيل لبعض ولده،فضايقه لدفع شره عن الإمام القائم بعده،و هذا بما يدعيه أنسب،و الى ما اخترناه أقرب،و مرجعه الى أن التفضيل قد يكون على جهه الاستحقاق،أو المضايقه، فلا منافاه فيه لما ذكرناه.

بقى الكلام فى الخبرين المتقدمين الدال أحدهما على التفضيل بين الصحه و المرض،و أنه يعطى فى حال الصحه دون المرض،و الخبر الدال على التفضيل بين اليسر



---

۱- ۱) الفقيه ج ۳ ص ۳۱۱ ح ۱۸،الوسائل ج ۱۵ ص ۲۰۴ ح ۳.
۲- ۲) المستدرک ج ۲ ص ۶۲۶ الباب ۶۷ ح ۳،العياشى ج ۲ ص ۱۶۶ ح ۲.

و العسر:فیخص بعض ولده مع الیسر دون العسر،مع أن إطلاق الأخبار المتقدمه یقتضی عدم الفرق،و أنت خبیر بأنهما لا یبلغان قوه المعارضه لما قدمناه من الأخبار الصحیحه الصریحه فی الجواز مطلقا.

و أما وصفه فی المسالک لروایه أبی بصیر (۱)بالصحه فهو خلاف المعهود منه و من غیره من أرباب هذا الاصطلاح حیث ان أبا بصیر مشترک،و لا قرینه تدل علی الثقه منهما،و الآخر الضریر انما یعدون خبره فی الضعیف،علی أن الظاهر أن روایه سماعه لا منافاه فیها،و ذلک فان ظاهرهما انما هو السؤال من عطیه الوالد لولده،و ان کان واحدا و لیس فیها تعرض للتفضیل الذی هو البحث بوجه، فأجاب علیه السلام بأنه فی حال الصحه جائز،لأنه ماله یصنع فیه ما أراد،و أما فی حال المرض فلا،و المنع من ذلک فی حال المرض مطلقا لا قائل به،و لا یوافق مقتضی القواعد الشرعیه،فلا بد علی أن یکون المنع باعتبار کونه من الأصل، فالنهی إنما یتوجه الی کونه من الأصل.

و حاصل معنی الخبر أنه فی حال الصحه مخرج العطیه من الأصل،و فی حال المرض من الثلث،لا من الأصل،کما فی حال الصحه و هذه مسئله أخری لا تعلق لها بما نحن فیه.

نعم خبر أبی بصیر ظاهر فی التفضیل لقوله«یخص بعض ولده»،و الظاهر حمله علی ما ذکروه من کراهیه التخصیص مع الإعسار،لأنه متی خصه و هو معسر فقد حرم الباقین من المیراث،إذ لا شیء یرثونه.

أما مع یسره و حصول قسط لکل من الباقین من المیراث،فإنه لا یحصل علیهم بتلک الهبه نقص زائد کما فی صوره العسر الذی لا شیء بالکلیه،و علی هذا فیخص الأخبار المتقدمه بهذا الخبر:بمعنی أن التفضیل جائز مطلقا من غیر کراهیه،إلا فی صوره إعسار الواهب الموجب لحرمان باقی الأولاد من المیراث، و هو جمع حسن بین الأخبار و الله العالم.



---

۱- ۱) التهذیب ج ۹ ص ۱۵۶ ح ۶۴۴،الوسائل ج ۱۳ ص ۳۸۴ ح ۱۲.

### الموضع الرابع [جواز الرجوع فی الهبه] :

#### اشاره

المفهوم من کلام جمله من الأصحاب بل ربما ادعی الإجماع علیه کما تقدم الإشاره إلیه بأنه یجوز الرجوع بعد القبض إلا فی مواضع مخصوصه،قد وقع الاتفاق علی بعضها و الخلاف فی بعض،کما سیأتی تفصیله،ان شاء الله تعالی.

و الأخبار فی أصل المسئله لا تخلو من اختلاف فمما یدل علی جواز الرجوع الخبر الأول،و هو صحیح صریح فی ذلک،و مفهوم الخبر الثانی،و هو صحیح أیضا،و المفهوم مفهوم شرط لا إشکال فی حجیته عند محققی الأصولیین و عندنا، للأخبار الکثیره الداله علی حجیته،کما تقدمت فی مقدمات الکتاب فی الجلد الأول من کتاب الطهاره (۱)و یدل علی ذلک أیضا الخبر الخامس (۲)و هو صحیح، صریح فی ذلک،و الخبر السابع (۳)و هو صحیح صریح فی غیر المواضع المستثناه فیه،و الخبر الثامن،و مفهوم الخبر التاسع،و یدل علی ذلک أیضا قوله علیه السلام فی

موثقه عبید بن زراره (۴)

«و لمن وهب أو نحل أن یرجع فی هبته حیز أو لم یحز».

و قوله علیه السلام

فی صحیحه زراره (۵)المتقدمه فی مقصد الصدقه،

«و لا ینبغی لمن أعطی لله شیئا أن یرجع فیه،و ما لم یعط لله و فی الله فإنه یرجع فیه نحله کانت أو هبه، حیزت أو لم تحز،و لا یرجع الرجل فیما وهب لامرأته»الحدیث. و یدل علی العدم الخبر الثالث عشر،و الخبر الخامس عشر،و الخبر التاسع عشر.

و روایه جراح المدائنی (۶)

«عن أبی عبد الله علیه السلام«قال:قال رسول الله(صلی الله علیه و آله و سلم):من رجع فی هبته فهو کالراجع فی قیئه».

و أنت خبیر بأن هذه الروایات الأخیره تقصر عن معارضه الأخبار الأوله



---

۱- ۱) ج ۱ ص ۵۸.

۲- ۲) ص ۳۰۱.

۳- ۳) ص ۳۰۱.

۴- ۴) التهذیب ج ۹ ص ۱۵۳ ح ۶۲۵،الوسائل ج ۱۳ ص ۳۴۲ ح ۱.

۵- ۵) التهذیب ج ۹ ص ۱۵۲ ح ۶۲۴،الوسائل ج ۱۳ ص ۳۳۹ ح ۱.

۶- ۶) الاستبصار ج ۴ ص ۱۰۹ ح ۴۱۷،الوسائل ج ۱۳ ص ۳۴۳ ح ۳.

سندا و عددا و دلاله،و حملها على الكراهه المؤكده،كما ذكره جمع من الأصحاب طريق الجمع بين الجميع،

## [الصور المستثناه من جواز الرجوع]

و أما الصور المستثناه من جواز الرجوع فنحن نذكرها مفصله واحده واحده،و ما يتعلق بكل منهما من الأخبار،و كلام الأصحاب على وجه يزول به غشاوه الشك-ان شاء الله تعالى فيها-و الارتياب، فنقول

## الأولى-فيما لو كانت الهبه لذى الرحم

،و قد ادعى المحقق الإجماع على أنه متى كانت الهبه من الابن للأبوين فلا يجوز الرجوع،و هو مؤذن بالخلاف فيما عداه،حتى فى هبه الأبوين للابن،مع أن العلامه فى المختلف عكس ذلك، فادعى الإجماع على لزوم هبه الأب لولده،و لم يذكر الأم،قال:إذا وهب الأب ولده الصغير أو الكبير و أقبضه لم يكن للأب الرجوع فى الهبه إجماعا،و لو كانت لغير الولد من ذوى الأرحام للشيخ قولان إلى آخره،و هو مؤذن بالخلاف فيما ادعى عليه المحقق الإجماع،الا أن شيخنا الشهيد الثانى فى المسالك قال:و الظاهر أن الاتفاق حاصل على الأمرين الا من المرتضى فى الانتصار،فإنه جعلها جائزه مطلقا ما لم يعوض عنها،قال:و كأنهم لم يعتدوا بخلافه لشذوذه.

و العجب أنه ادعى إجماع الإماميه عليه مع ظهور الإجماع على خلافه،و على ما ذكره شيخنا المذكور ينحصر الخلاف فيما عدا الصورتين المذكورتين، و الأشهر الأظهر اللزوم و عدم جواز الرجوع،و هو مذهب الشيخ فى النهايه، و الشيخ المفيد و سلار و ابن البراج،و قيل:بأن له الرجوع و هو قول الشيخ فى المبسوط و التهذيب و السيد المرتضى و ابن الجنيد و ابن إدريس.

و الذى وقفت عليه من الأخبار فى هذا المقام مما يدل على القول الأول الخبر الخامس،و هو صحيح صريح فى عدم جواز الرجوع فى هبه ذى الرحم،و هو دال على عدم جواز الرجوع فى الصورتين الأوليين من حيث العموم،و على الثالثه بالخصوص،و الخبر السابع و هو أيضا صحيح السند دال على عدم جواز الرجوع فى هبه ذى القربى،لأن المراد بالجواز هنا اللزوم كما تقدمت الإشاره اليه،و ينادى

بـذلك قوله و يرجع فی غير ذلک ان شاء،و حاصل الخبر أنه لا يرجع فی الهبه إذا كانت لـذی قرابه أو معوضا عنها،و يرجع فيما عدا ذلک،و الخبر السادس عشر و هو موثق سماعه،إلا أنه مختص بهبه الولد لأمه،و قد حكم عليه السلام بأنه ميراث بعد موتها،و ليس للولد الرجوع فيه للزوم الهبه.

و مما يـدل علی قول الآخر الخبر الثامن حيث صـرح فيه«بأن النحل و الهبه يرجع فيها حازها أو لم يحزها و ان كانت لذی قرابه»و الخبر الحادی عشـر الا أنه غير صريح،بل و لا ظاهر فی ذلک،لأن ظاهر تجويزه الرجوع فيما يهب لابنه، -الا أن يكون صغيرا-أن الرجوع إنما هو من حيث عـدم القبض بأن يكون الموهوب بالغا و لم يقبض،و لهـذا حكم بلزوم الهبه للصـغير من حيث ان الأب قابض له،و الخبر الثانی عشـر إلا أنه لا يخلو من الإجمال و تعدد الاحتمال،و أنه يحتمل أن يكون الرجوع إنما هو من حيث كون الهبه غير لازمه،لأن من شـرطها القبض و لم يحصل،فهی و ان انتقلت إليه بالعقد،الا أنه انتقال متزلزل مراعی فی لزومه بالقبض،و حينئذ فلم يبق مما يمكن أن يسـتدل به لهذا القول إلا الخبر الثامن،و هو يضعف عن معارضه الأخبار الأوله سندا و عددا و دلاله، و من المحتمـل قريبـا أن يكون قوله و ان كـانت لـذی قرابه قيـدا فی قوله«أو لم يحزهـا»بمعنی أنه إذا لم يحزهـا فله الرجوع و ان كانت لذی قرابه،و هو معنی صـحيح،و به يسـقط الاسـتدلال بالخبر المذكور علی ما ذكروه،و بما أوضـحناه لک فی المقام يظهر ضعف ما ذهب إليه فی الكفايه من موافقه المرتضی(رضی الله عنه)فی عدم لزوم الهبه علی ذی الرحم،و الآباء و الأبناء.

### الثانيه-فيما لو تلف بعد القبض

سواء كان التلف من جهه الله سبحانه، أو المتهب،أو غيرهما،فإنه لا يرجع،و نقل عن التذكره دعوی الإجماع علی ذلک،و كأنه لا يعتد بخلاف المرتضی و دعواه علی جواز الرجوع إلا مع التعويض.

و مما يدل علی اللزوم و عدم جواز الرجوع فی الصوره المذكوره الخبر

الأول و هو صحيح صريح فی المدعی،قال:فی المسالک و فی حکم تلفها تلف بعضها و ان قل،لدلاله الروایه علیه،فان العین مع تلف جزء منها لا تعد قائمه،انتهی.

و فیه إشکال فإن الظاهر أن المراد بقیامها بعینها کما تضمنه الخبر انما هو بمعنی وجودها و عدم تلفها،فلا یؤثر تلف بعضها خصوصا مع قلته کاصبع العبد لو قطعت،فإنه لا ینافی قیام العین و وجودها عرفا،و بالجمله فإن ما ذکره لا یخلو عندی من شوب الإشکال.

### الثالثه-فیما لو عوض عنها

و ان کان العوض قلیلا إذا حصل التراضی، و اللزوم فی هذه الصوره إجماعی حتی من المرتضی،و یدل علی ذلک الخبر الثانی و هو صحیح صریح فی عدم جواز الرجوع إذا عوض،و الخبر السابع حیث حکم علیه السلام بجواز الهبه الذی هو کما عرفت آنفا عباره عن لزومها فی صوره ذی القرابه، و الذی یثاب أی یعوض.

قال فی المسالک:و لا فرق فی العوض بین کونه من بعض الموهوب و غیره، عملا بالإطلاق،و لأنه بالقبض بعد العقد مملوک للمتهب،فیصح بذله عوضا عن الجمله،انتهی.

أقول:یمکن أن یقال:ان المتبادر من المعاوضه هو کون أحد العوضین غیر الآخر،و لو تم ما ذکره للزم أنه لو دفعه المتهب بجمیعه الی الواهب بعد القبض لصدق المعاوضه،مع أنه لا یسمی ذلک معاوضه،فإنما یسمی ردا،و لا فرق بین دفع البعض و دفع الکل،قوله«لأنه بالقبض بعد العقد مملوک للمتهب»مسلم، لکنه ملک متزلزل لا یلزم إلا بإعطاء العوض و نحوه،من الأمور الموجبه للزوم و بالجمله فإنه بإعطاء بعض الموهوب أو جمیعه انما یقال:رده أورد بعضه و لا یقال.أعطی عوضه بهذا هو الظاهر من العرف و الاستعمال،و به یظهر أن ما ذکره لا یخلو من شوب الاشکال.

ثم ان الظاهر من إطلاق الخبرین المذکورین أنه لا فرق فی لزوم الهبه

بالتعویض بین أن یکون قد شرط التعویض فی العقد،أو وقع بعده بأن وقع العقد مطلقا،الا أنه بذل له العوض بعد ذلک و أعطاه إیاه،لکنهم صرحوا بأنه لا یحصل التعویض بمجرد البذل،بل لا بد من قبول الواهب له،و کون البذل عوضا عن الموهوب قالوا:لأنه بمنزله هبه جدیده،و لا یجب علیه قبولها.

بقی الکلام هنا فی أنه لو وهب و أطلق هل یقتضی التعویض أم لا؟المشهور الثانی،و قال الشیخ فی الخلاف و المبسوط:الهبه علی ثلاثه أقسام،هبه لمن فوقه، و هبه لمن دونه،و هبه لمن هو مثله،و کلها یقتضی الثواب عندنا،و مقتضاه أنه بالهبه یجب علی المتهب بذل العوض،و یلزم و ان لم یطلبه الواهب،و لا قائل به سواه،الا أن أبا الصلاح وافقه فی هبه الأدنی للأعلی،فقال:انها یقتضی الثواب فیعوض عنها بمثلها،و لا یجوز التصرف فی الهبه ما لم یعوض عنها،لاقتضاء العرف ذلک.

و رد کل من القولین المذکورین بأن الأصل و العمومات یقتضی خلافه، و ربما حمل کلام الشیخ علی جواز الرجوع فی الهبه ما لم یثب،کما لو شرط فیها فیکون المراد أن لزومها انما یتحقق به،و الی هذا یمیل کلام العلامه فی المختلف فی مقام الرد علی ابن إدریس انتصارا للشیخ و الحق بعده.

و بالجمله فإن الحکم مع الإطلاق کما هو المشهور هو أن الهبه جائزه من جهه الواهب إلا أن یحصل التعویض بما یتفقان علیه،و مع الاختلاف یرجع الی مثل الموهوب أو قیمته،و لا خلاف فی أنه لو شرط الثواب صح،أطلق أو عین، و له الرجوع ما لم یدفع الیه ما شرط،و یدل علیه الخبر السادس (1)فإنه دال علی حکم المشروطه بالثواب مطلقا،أو معینا،و أن للواهب الرجوع إذا لم یف المتهب بالشرط،و أنه لیس للمتهب مع الشرط التصرف فی الجاریه حتی یفی بشرطه،و فیه دلاله علی تخیر المتهب بین الوفاء بالشرط،لتلزم الهبه،و یجوز له التصرف،و بین رد الهبه کما هو أحد القولین،و هو منقول عن الشهید فی الدروس



---

١- ١) ص ٣٠١.

و جماعه،و قيل:بلزوم العقد من طرف المتهب،و انه يجبر على الوفاء بالشرط مطلقا كان أو معينا،هذا القول جار على ما قدمنا نقله عن الشيخ فى الخلاف و المبسوط،فلعل ما هنا تفريع عليه.

و كيف كان فالظاهر ضعفه،فان المفهوم من الخبر المشار اليه خلافه،فإنه لو كان العقد لازما من جهته لجاز له وطئ الجاريه مع الشرط قبل الوفاء به،حيث انه قد ملكها بالهبه ملكا لازما،و يجب عليه الوفاء بالشرط كما هو المفروض، و مفهوم الخبر بخلافه.

ثم انه على تقدير الشرط ان كان ما شرطه معينا فالحكم واضح،و ان كان مطلقا فان اتفقا على شىء قليلا أو كثيرا فلا إشكال أيضا،و الأوجب إثابه مقدار الهبه مثلا أو قيمه،و لا يجب الأزيد و ان طلبه الواهب،كما لا يجبر الواهب على قبول الأقل الا أنه يجب أن يعلم أن ذلك ليس على جهه اللزوم و الحتم،بل يتخير الواهب فى كلتا الصورتين بين الرجوع و قبول العوض،لأن العقد من جهته غير لازم قبل التعويض،و يتخير المتهب بين الرد و الإثابه،إلا على قول الشيخ المتقدم و أبى الصلاح فى خصوص ما ذكره،حيث حكما باللزوم من جهه المتهب،و أوجبا عليه الإثابه،و ان اختلفا فى العموم و الخصوص،و قد عرفت ضعفه.

ثم انه على تقدير الاشتراط لو تلفت العين فى يد المتهب قبل التعويض أو عابت سواء كان ذلك بفعله كلبس الثوب أم لا،فهل يضمن المتهب الأرش أو الأصل أم لا ضمان؟قولان:صرح فى المختلف بالأول،و نقل عن ابن الجنيد من المتقدمين.

قال فى المختلف:و ان شرط الثواب فإن أطلق كان إطلاقه منصرفا إلى العاده،و ان شرط معينا فإن أثابه إياه لزمت الهبه،و إلا كان للمالك العود فى هبته،فان كانت ناقصه فعليه الأرش،و ان كانت تالفه فعليه المثل أو القيمه،لأنه ملكه بشرط العوض،و لم يسلم له فكان له الرجوع فى عينه،انتهى.

و جزم فى التذكره-و مثله ولده فى الشرح-بالثانى،و اختاره المحقق

على تردد،و احتجوا عليه بأن ذلك النقص حدث فى ملك المتهب،فلا يلزمه ضمانه،و لأن المتهب لا يجب عليه دفع العوض كما مر،بل للواهب الرجوع فى العين و التفريط منه من حيث تركها فى يد من سلطه على التصرف فيها مجانا.

احتج القائلون بالأول بما عرفت من كلامه فى المختلف و هو انما ملكه بشرط العوض لا مجانا،فإنه إنما قبضها ليؤدى عوضها فلم يفعل،و من ذلك يظهر أن الواجب عليه أحد الأمرين ردها،أو دفع العوض،فان تعذر الأول وجب الثانى.

و منه يعلم الجواب عن دليل المخالف،و قوله«انه سلطه على التصرف فيه مجانا»فإنه إنما سلطه بشرط العوض،و هذا هو معنى الضمان،و قولهم انه لا يجب عليه دفع العوض،ان أريد به عدم وجوبه عينا لم يلزم منه نفى الوجوب عن المبدل الذى هو المدعى،و حينئذ فإذا تعذر أحد الأمرين المخير بينهما تعين الآخر،و ان أريد به عدم الوجوب بالكليه فهو ممنوع،و الى هذا القول مال فى المسالك،و قوته بما ذكرنا ظاهره.

ثم انه على تقدير القول بالضمان مع التلف فهل الواجب مثل الموهوب أو قيمته؟أو أن الواجب انما هو أقل الأمرين من ذلك و من العوض،وجهان:

اختار ثانيهما فى المسالك،قال:لما عرفت من أن المتهب مخير بين الأمرين، و المحقق لزومه هو الأقل،لأنه ان كان العوض الأقل فقد رضى به الواهب فى مقابله العين،و ان كان الموهوب هو الأقل فالمتهب لا يتعين عليه العوض،بل هو مخير بينه و بين بذل العين،فلا يجب مع تلفها أكثر من قيمتها،انتهى و هو جيد.

### الرابعه-فيما لو كانت لأحد الزوجين

،و المشهور بين الأصحاب كراهه الرجوع فيما يهبه أحدهما للآخر من غير أن تكون الهبه لازمه يحرم الرجوع فيما،و ذهب جمع منهم الى عدم جواز الرجوع كالصور المتقدمه،و الأول قول الشيخ فى كتبه و اتباعه،و الثانى نقله الشيخ فى الخلاف عن بعض الأصحاب،و به

أفتى العلامه فى التذكره،و نقله فى التحرير عن الشيخ،و هو مختار جمله من متأخرى المتأخرين،منهم المحدث الكاشانى فى المفاتيح،و الفاضل الخراسانى فى الكفايه و هو ظاهر شيخنا الشهيد الثانى فى المسالك،و نقله عن جماعه من الأصحاب (رحمهم الله)و ظاهر شيخنا الشهيد فى شرح الإرشاد الميل اليه من غير جزم،حيث نفى عنه البعد،و هذا هو الأظهر عملا بالخبر الرابع (1)و هو صحيح صريح فى ذلک، و به يخص عموم الأخبار الداله على جواز الرجوع بعد القبض مطلقا،كما خص بغيره من الأخبار المتقدمه فى الصور السابقه،و على هذا فتكون الزوجيه من أسباب اللزوم المستثناه من تلك الأخبار،كغيرها مما قدمنا ذكره.

و الظاهر أن من قال بالأول نظر الى عموم الأخبار الداله على جواز الرجوع بعد القبض،فجوز الرجوع و جعل ذلک مكروها،نظرا الى قوله(صلى الله عليه و آله و سلم)فى صحيحه الحلبى (2)الذى يرجع فى هبته كالذى يرجع فى قيئه و نحوها غيرها،بحمله على الكراهه المؤكده جمعا بينه و بين تلک الأخبار الداله على جواز الرجوع كما تقدم ذكره،إلا أن فيه ما عرفت من ورود الخبر الصحيح الصريح باللزوم،و ربما طعن فى الصحيحه المذكوره بقوله عليه السلام فيها«حيز أو لم يحز»حيث ان ظاهره لزوم الهبه،و ان لم يقبض و هم لا يقولون به،فما يدل عليه الخبر لا يقولون به،و ما يقولون به لا يدل عليه،و أجاب عن ذلک فى المسالک بأنه لما قامت الأدله على عدم لزومها قبل القبض،وجب أن تحمل هذه الأخبار على قبض آخر جديد غير القبض الأول،جمعا بين الأدله.

أقول:و يمكن أن يقال بالخبر المذكور على ظاهره،و يخص هذا الحكم بالزوجين،و لا مانع منه،إذا دل عليه الخبر،فكما أنه دل على استثناء الزوجين



---

١- ١) ص ٣٠١.

٢- ٢) التهذيب ج ٩ ص ١٥٥ ح ٦٣٥ و لا يخفى ان المتن المذكور هو مضمون روايه إبراهيم بن عبد الحميد التهذيب ج ٩ ص ١٥٨ ح ٦٥٣ و الا فالمذكور فى روايه الحلبى هو الصدقه بدل الهبه،الوسائل ج ١٣ ص ٣١٦ ح ۴ و ص ٣۴٣ ح ۴.

من عموم تلك الأخبار الداله على جواز الرجوع بعد القبض،كذلك على استثنائهما من عموم الأخبار الداله على جواز الرجوع قبل القبض،فيقال:

تلزم هبه أحد الزوجين للآخر بمجرد العقد،قبض أو لم يقبض،و ان كان الحكم فى غيرهما جواز الرجوع قبل القبض مطلقا،و بعده إلا فى الصوره المتقدمه التى دلت النصوص على استثنائها،و أى مانع من ذلك،إذا اقتضاه الدليل،سيما مع استدلاله عليه السلام بالآيات المذكوره،و هى مطلقه شامله لما قبض أو لم يقبض.

و كيف كان فالظاهر أنه لا فرق فى الزوجين بين الدائم و المنقطع و لا بين المدخول بها و غيرها،و لا بين المطلقه رجعيا و غيرها،بإطلاق النص،أما البائنه فإنها ليست زوجه،و الله العالم.

## الخامسه-فيما لو ضم إليها قصد القربه

«و لا ينبغى لمن أعطى الله شيئا ان يرجع فيه،و ما لم يعط لله فإنه يرجع فيه نحله كانت أو هبه حيزت أو لم تحز»

و فى موثق عبيد بن زراره (1)

«و لمن وهب أو نحل أن يرجع فى هبته حيز أو لم يحز و لا ينبغى لمن أعطى لله عز و جل أن يرجع فيه».

و فى الخبر التاسع

«هل لأحد أن يرجع فى صدقته أو هبته قال:أما ما تصدق به لله فلا». و يؤيدها جمله من الأخبار المتقدمه فى الصدقه،و أنه لا يجوز الرجوع فيما قصد به القربه،و علل بعض المحدثين بأنه بالقربه قد استحق الثواب،و صار عوضا،فيكون من قبيل الهبه المعوضه التى قد تقدم أنه لا يجوز الرجوع فيها و هو جيد،و الله العالم.

## السادسه-التصرف [و الأقوال فيه]

،و قد اختلف الأصحاب(رحمهم الله)فى أن تصرف المتهب إذا لم يكن داخلا فى أحد الصور المتقدم ذكرها هل يوجب لزوم الهبه و يمنع رجوع المالك فيها أم لا؟على أقوال:أحدها-عدم تأثير التصرف مطلقا فى لزومها،سواء كان تصرفا ناقلا للملك مانعا من الرد كالاستيلاد،أو مغيرا للعين



---

۱- ۱) التهذیب ج ۹ ص ۱۵۳ ح ۲،الوسائل ج ۱۳ ص ۳۴۲ ح ۱.

کطحن الحنطه و نحوها،بل للواهب فسخها کما لو کانت قبل التصرف،و هو مذهب المحقق فی کتابیه،و الیه ذهب سلار و أبو الصلاح و هو ظاهر ابن الجنید.

و ثانیها-أنها تلزم بالتصرف مطلقا،و الیه ذهب الشیخان،و ابن البراج، و ابن إدریس،و أکثر المتأخرین کالعلامه و الشهید فی اللمعه و غیرهما.

و ثالثها-التفصیل فی ذلک،بأنه ان کان التصرف موجبا لخروجها عن ملکه أو مغیرا لصورتها کقصاره الثوب و نجاره الخشب أو کان التصرف بالوطء،فإنها تکون لازمه،و ان کان التصرف بدون ذلک کرکوب الدابه و سکنی الدار و حلب اللبن و نحوها،فإنها غیر لازمه،و هذا القول مذهب ابن حمزه و الشهید فی الدروس و جماعه من المتأخرین،و زاد ابن حمزه فقال:لا یقدح الرهن و الکتابه،و هو یشمل بإطلاقه ما لو عاد الی ملک الواهب أو لم یعد.

إذا عرفت ذلک فاعلم أن مما یدل علی القول الأول ظاهر الخبر الأول (۱)و هو صحیح،و التقریب فیه أنه علیه السلام جوز الرجوع إذا کانت الهبه قائمه بعینها، و الا فلیس له،و قیام العین الذی هو عباره عن بقائها شامل لحالتی التصرف و عدمه، و کذا ظاهر الخبر السابع (۲)لقوله علیه السلام بعد ذکر ما یدل علی عدم الرجوع بالنسبه إلی ذی القرابه و الذی یثاب،«و یرجع فی غیر ذلک ان شاء»، و أجاب فی المختلف عن هذین الخبرین حیث احتج بهما لأصحاب القول الأول مقتصرا علیهما بالحمل علی ما إذا لم یوجد التصرف،و فیه أن الحمل علی خلاف الظاهر-کتخصیص العام و تقیید المطلق-یتوقف علی وجود المعارض لیجمع بینهما بذلک،و هو لم یذکر هنا ما یوجب المعارضه علی هذا الوجه الا بعض الوجود الضعیفه،کما سیظهر لک ان شاء الله تعالی،ثم ان مما یستدل به لهذا القول الأخبار المتقدمه ذکرها فی صدر هذا الموضع،فإنها متفقه علی جواز



---

۱- ۱) ص ۳۰۰.

۲- ۲) ص ۳۰۱.

الرجوع بعد القبض مطلقا فی بعض،و مع استثناء بعض الصور المتقدمه فی بعض،ففی بعضها استثناء ما یعطی لله من نحله أو هبه أو صدقه،و بعضها استثناء ذی الرحم، و التحقیق فی هذا المقام انک إذا نظرت الی الروایات الداله علی جواز الرجوع بعد القبض مطلقا،أو ضممت إلیها ما دل من الأخبار علی عدم جواز الرجوع فی الصور التی قدمناها،ظهر لک أن الواجب تقیید إطلاق تلک الأخبار بهذه الأخبار الوارده فی هذه الصور،و بقاء ما عدا هذه الصور علی الدخول تحت الإطلاق،فإن العام المخصص و المطلق المقید حجه فیما بقی بعد التخصیص و التقیید،و لا دلیل فی هذه الصوره المدعاه هنا حتی یمکن أن یخصص تلک الأخبار به،کما خصصت بغیره من اخبار الصور المتقدمه،و به تظهر قوه القول المذکور.

حجه القول الثانی-وجوه ملتقطه من تضاعیف عبارات أصحاب هذا القول عموم قوله تعالی (۱)«لاٰ تَأْکُلُوا أَمْوٰالَکُمْ بَیْنَکُمْ بِالْبٰاطِلِ إِلاّٰ أَنْ تَکُونَ تِجٰارَهً عَنْ تَرٰاضٍ مِنْکُمْ» و لیس الرجوع تجاره،و لا عن تراض،و هذا مما استدل به فی المختلف علی ما اختاره من هذا القول.

الثانی-عموم «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» (۲)خرج منه ما دل الدلیل علی جوازه، فیبقی الباقی علی أصله.

الثالث-

روایه إبراهیم بن عبد الحمید (۳)عن الصادق علیه السلام قال:

«أنت بالخیار فی الهبه ما دامت فی یدک،فإذا خرجت الی صاحبها فلیس لک أن ترجع فیها»و قال:قال رسول الله(صلی الله علیه و آله و سلم):«من رجع فی هبته فهو کالراجع فی قیئه». خرج من ذلک ما أخرجه الدلیل،و بقی الباقی علی أصله، و هذا الوجه مما استدل به فی المختلف أیضا.



---

۱- ۱) سوره النساء-الایه ۲۹.

۲- ۲) سوره المائده-الایه ۱.

۳- ۳) التهذیب ج ۹ ص ۱۵۸ ح ۶۵۳،الوسائل ج ۱۳ ص ۳۴۳ ح ۴.

الرابع-جواز الرجوع يقتضی تسلط الواهب علی ملک المتهب،و هو خلاف الأصل

لقوله(صلی الله علیه و آله و سلم) (۱)

«الناس مسلطون علی أموالهم».

فیقتصر فیه علی موضع الدلیل.

الخامس-قال الشیخ و روی الأصحاب أن المتهب متی تصرف فی الهبه فلا رجوع فیها،و هو یدل علی وجود روایات بذلک.

السادس-أن المتهب قد ملک بالعقد و الإقباض،فظهر أثر المتهب بالتصرف، فقوی وجود السبب فکان تاما،و إلا لم یتحقق أثره،فلا یتحقق النقل إلا بسبب طار،و الرجوع لیس سببا هنا،و إلا لکان سببا فی غیره،و هذا الوجه مما ذکره فی المختلف،و هو أول أدلته.

السابع-أن جواز الرجوع یقتضی الضرر و الإضرار بالمتهب علی تقدیر بنائه و غرسه و طول مدته،و هما منفیان شرعا.

الثامن-ان الموهوب قد صار ملکا للمتهب بعقد الهبه فلا یعود الی ملک الواهب إلا بعقد جدید أو ما هو فی حکمه.

التاسع-أنه إجماع،لأن المخالف معروف بالاسم و النسب فلا یقدح.

العاشر-اخبار القیء،و هی متعدده،هذه جمله أدلتهم علی القول الثانی، و سنبین ان شاء الله تعالی ما فیها من القصور،لکن قبل الشروع فی ذلک لا بد من تمهید کلام فی المقام یکون کالوجه الجهلی لرد ما ذکروه هؤلاء الأعلام،ثم نعطف الکلام علی بیان ما فی هذه الوجوه السقام،فنقول قد عرفت مما ذکرناه فی صدر هذا الموضع ان المشهور فی کلامهم من غیر خلاف یعرف،بل ادعی علیه الإجماع،أنه یجوز الرجوع بعد القبض إلا فی مواضع مخصوصه،و قد دلت جمله من الأخبار الصحاح الصراح علی ذلک،و أما ما عارضها من الأخبار الداله علی العدم فمع قصورها عن المعارضه لتلک الأخبار،فإنه لا قائل بها من الأصحاب،



---

۱- ۱) البحار ج ۲ ص ۲۷۲ الطبع الحدیث ح ۷.

و حملوها على الكراهه المغلظه جمعا بين الأخبار و حينئذ فالواجب هو الوقوف على هذه الأخبار المذكوره الصحيحه الصريحه المعتضده بعمل الأصحاب و اتفاقهم على القول بها حتى يقوم دليل على ما يوجب الخروج عن إطلاقها و عمومها.

نعم قام الدليل بالنسبه إلى الصور التى قدمناها،فذيلناه بالأخبار الداله على ذلك فوجب استثنائها،و اما فيما نحن فيه فليس إلا هذه الوجوه التى لفقوها، و هى أوهن من بيت العنكبوت،و انها لأوهن البيوت.

أما الأول ففيه أن الرجوع ليس أكل مال بالباطل،لأنا إنما جوزنا الرجوع بتلك الأخبار الصحيحه الصريحه فى جواز الرجوع بعد القبض،فإنها صحيحه صريحه فى الرجوع.

نعم قام الدليل من خارج على عدم جواز الرجوع فى بعض الموارد، فخصصنا به تلك الأخبار،فبقيت فيما عداه على إطلاقها،بل أكل المال بالباطل إنما يلزم القائل باللزوم،و عدم جواز الرجوع،فإنه متى دلت الأخبار على جواز الرجوع و يرجع الواهب،و لم يدفع إليه بناء على دعوى لزوم الهبه بالتصرف،فان اللازم من ذلك أكل المتهب لها بالباطل،لمخالفته مقتضى النصوص المذكوره الداله على استحقاق الواهب لها بعد رجوعه منها.

و أما الثانى ففيه أن العقود منها الصحيح،و منها الفاسد،و منها الجائز و منها اللازم،و قد حققنا سابقا أنه لا يجوز العمل بالآيه على ظاهرها لما عرفت،بل الواجب حملها على العقود اللازمه،و ما نحن فيه ليس بلازم،لدلاله النصوص الصحيحه و اتفاقهم على جواز الرجوع بعد القبض أعم من أن يكون قد تصرف أو لم يتصرف و دعوى كون العقد لازما هنا بالتصرف مصادره،لانه عين المتنازع.

و أما الثالث فمع قطع النظر عن ضعف السند الذى يوجب طرحه باصطلاحهم فضلا عن أن يصلح للمعارضه،فإنک قد عرفت أن هذا الخبر و ما فى معناه من الأخبار الداله على عدم الرجوع بعد القبض قد حملها الأصحاب على الكراهه،

تفاديا من طرحها،حيث انه لا قائل بها،فكيف يستدلون بها هنا،و هم انما يدعون اللزوم هنا من حيث التصرف،و الروايه و ما فى معناها إنما دلت على اللزوم و عدم جواز الرجوع بمجرد القبض،و ليس فيها تعرض للتصرف بوجه، فما تدل عليه الروايه لا يقولون به،و ما يقولون لا تدل عليه فكيف يتم الاستدلال بها و الحال كما ترى.

و أما الرابع ففيه أن جواز الرجوع مما اقتضته الصحاح المتقدم ذكرها و المتهب انما ملكه ملكا متزلزلا مراعى بعدم الفسخ من الواهب،فان مجرد القبض لا يقتضى لزوم الهبه،كما عرفت،بل هى جائزه لا تلزم إلا بأحد الأسباب الموجبه للزومها،و ليس هذا منها،و دعوى ان التصرف من جملتها مصادره،و متى فسخ الواهب و رجع فإنما رجع فى ماله،و تسلط على ماله،لا مال المتهب،و حينئذ فالاستدلال بالخبر عليهم،لا لهم.

و اما الخامس ففيه أن الاستدلال بمجرد هذا الكلام مجازفه محضه سيما على مذاقهم و اصطلاحهم،و مناقشتهم فى الأخبار المرويه فى الأصول،فكيف يعتمدون هنا على مجرد هذا الكلام،مع أن كتب الأخبار خاليه من ذلك و أصحاب هذا القول بعد الفحص و المناقشه فى تحصيل دليل لهم من الأخبار لم يعثروا،إلا على روايه إبراهيم بن عبد الحميد المذكوره،و أوردوا و استدلوا بها، و قد عرفت ما فيها سندا و دلاله.

و أما السادس و هو أقوى أدلته فى المختلف،و لهذا قدمه و بالغ فى الذب عنه،ففيه ما ذكره فى المسالک من أنه ان أراد بالملک بعد العقد و الإقباض هو الملک على جهه اللزوم،فهو عين النزاع و محل البحث،و هل هو إلا مصادره،و ان أراد تحقق الملک المطلق أعم من اللازم و الجائز و ترتب أثر هذا المطلق فهو غير نافع لأن العقد الجائز لا يرفع جوازه التصرف فيه على هذا الوجه،كما يظهر ذلک فى تصرف أحد المتبايعين مع وجود الخيار للآخر،و كما فى التصرف غير المغير للعين

و لا الناقل للملك فی الهبه عند بعض الأصحاب،و حینئذ فالظاهر من أثر الملک إنما هو أثر الملک اللازم الحاصل و هو الحائز رفعه علی ما یدعیه الخصم،و دلت علیه الأخبار الصحیحه،و ذلک لا یوجب قوه السبب و لا تمامیته،و لا ینافی کونه سببا، و دعوی کون الرجوع لیس سببا هنا عین المتنازع،فان الخصم یجعله سببا تاما فی رفع ملک المتهب،و إثبات ملک الواهب بواسطه جواز العقد الذی قد استفید من النصوص،انتهی،و هو جید رشیق.

و أما السابع فضعفه أظهر من أن یخفی،إذ لا خلاف کما عرفت و لا إشکال فی کون العقد بعد القبض جائزا متزلزلا،للواهب فسخه و الرجوع فیما وهبه متی أراد،کما دلت علیه الأخبار الصحیحه المعتضده بفتوی الأصحاب و اتفاقهم، و حینئذ فتصرف المتهب علی هذا الوجه اقدام منه علی الضرر،و رضا به،لتصرفه فی ملک غیر مستقر و لا لازم،فادخاله الضرر علی نفسه لا یکون حجه علی غیره، و لا یدخل تحت خبر الضرار،کما هو ظاهر لذوی الأبصار و الأفکار.

و أما الثامن فهو کسابقه فی الضعف،لما تقدم فی جواب الوجه السادس، و هو أنه ان أراد بالملک هو الملک اللازم فهو أول المسئله و محل البحث،و ان أراد الأعم لم ینفعه،و لم یضر الخصم،و أما قوله فلا یعود الی ملک الواهب إلا بعقد جدید و ما فی حکمه،ففیه بعد الإغماض عن المناقشه فیه بأن ذلک إنما هو فی الملک اللازم الذی لیس لصاحبه الرجوع فیه،علی أنا نقول ان الفسخ هنا فی حکم العقد، حیث انه ناقل للملک من المتهب الی الواهب،کما هو ظاهر.

و أما التاسع فهو أشد ضعفا من هذه الوجوه المذکوره،و کیف یدعی الإجماع فی موضع هذا الخلاف المنتشر بین عظماء الطائفه،و المعرکه العظمی و المناقشات الزائده کما عرفت،و ستعرف،و نحن فی شک و اشکال من حجیه الإجماع فی موضع لم یظهر فیه الخلاف،فکیف بهذا الموضع الذی قد عرفت اتساع دائره الخلاف فیه،و ما هذه الدعوی عند ذوی الإنصاف إلا من قبیل الهذیانات

و التخیلات الموجبه لارتکاب جاده الاعتساب.

و أما العاشر فان فیه أن ما دل علیه ظاهر هذه الأخبار من تحریم الرجوع فی الهبه و أنه کالرجوع فی القیء الذی لا خلاف فی تحریمه لا ـ قائل به علی إطلاقه مع دلاله الأخبار الصحاح الصراح المتقدم ذکرها علی جواز الرجوع فی الهبه بعد القبض،ما لم یعرض لها ما یوجب لزومها فی تلک الصور المتقدمه.

و حینئذ فالواجب إما حمل هذه الأخبار علی الکراهه المؤکده کما ذکره الأصحاب،أو العمل بظاهرها و تخصیصها بالصوره التی تلزم فیها الهبه،و یحرم الرجوع بها،و أما العمل بظاهرها فهو غیر مستقیم کما هو ظاهر لذوی الفهم القویم.

حجه القول بالتفصیل:-بأنه ان کان التصرف موجبا لخروجها عن ملکه، أو مغیرا للصوره کقصاره الثوب و طحن الحنطه و نجر الخشب و کذا الوطی فهی لازمه،و ان لم یکن کذلک کرکوب الدابه و لبس الثوب و سکنی الدار فهی جائزه یجوز الرجوع فیها-الخبر الأول (۱)الدال علی أنه إذا کانت الهبه قائمه بعینها فله أن یرجع فیها،و إلا فلیس له الرجوع،و التقریب فیه أنه مع تغیر العین بطحن الحنطه و تقطیع الثوب و نجر الخشب و نحو ذلک،لا یصدق بقاء العین لأن المتبادر منه بقاؤها علی حالها و أوصافها التی قبضها المتهب علیها،لا أصل الذات و مع خروجها عن ملکه لا یصدق بقاؤها عرفا،لأن ذلک منزل منزله التلف، فضلا عن أصل الخروج عن الوصف،و علی هذا فتکون هذه الروایه مخصصه أو مقیده لتلک الأخبار الصحاح المقدم ذکرها،کما قیدوها بتلک الصور المتقدمه و اعترض علی ذلک فی المسالک بأن الخبر المذکور لا یخلو من الإشکال فی السند و الدلاله،أما السند فلعدم کونها من الصحیح ممن یعتبر عداله الراوی بالمعنی المشهور،یشکل علیه العمل بها.

و أما الدلاله فتظهر فی صوره نقلها عن الملک مع قیام عینها بحالها،فان اقامه



---

۱- ۱) ص ۳۰۰.

النقـل مقـام تغير العيـن أو زوالهـا لاـ يخلـو مـن تحكـم أو تكلـف،بـل قـد يـدعى قيـام العيـن ببقـاء الـذات مـع تغير كـثير من الأوصاف،فضلا عن تغيير يسير،قال:و أيضا فأصحاب هذا القول ألحقوا الوطى مطلقا بالتغيير،مع صدق بقاء العين بحالها، اللهم الا أن يـدعى فى الوطى عـدم بقاء عينه عرفا و ليس بواضـح،أو يخص بما لو صارت أم ولـد،فإنها ينزل منزله التالفه من حيث امتناع نقلهـا عن ملك الواطئ و على كل حال فتقييـد تلك الأخبار الكثيره الصـحيحه الواضـحه الـدلاله بمثل هـذا الخبر الواحـد البعيد الدلاله فى كثير من مدعيات تفصيله لا يخلو من اشكال،الا أنه أقرب من القول المشهور باللزوم مطلقا،انتهى.

أقول-و بالله التوفيق الى سواء الطريق-:انه لا يخفى أن الطعن فى الخبر المـذكور بالسـند غير مرضـى و لا معتمـد،و لو على تقدير هذا الاصـطلاح المحدث، فإن جمله منهم قد عدوه فى الصحيح،حيث ان حسنه انما هو بإبراهيم بن هاشم الذى قد تلقوا أحاديثه بالقبول،و ان عدوه فى الحسن،فالمناقشه فى السند ضعيفه واهيه.

و أما فى المتن فالتحقيق أن يقال:ان الخبر المـذكور و ان لم ينهض بالـدلاله على ما ذكره القائل بالتفصـيل فى جميع ما أورده،و ادعى اللزوم بسببه،الا انه ظاهر فى البعض،لانه من جمله ما عده من التصرف الموجب للزوم تقطيع الثوب، و نجر الخشب،و طحن الحنطه،و من الظـاهر أن التصـرف بهـذه الأنحاء و نحوها لا يصـدق معها قيام الهبه بعينها،لما عرفت آنفا،ففى هـذه الحال لا يبعد القول بـاللزوم،و إلحاق ذلك بالتلف،و أما بالنسـبه إلى نقلها عن الملك،فالظاهر صـدق قيامها بعينها،كما اختاره شـيخنا المتقـدم ذكره،فله حينئـذ الرجوع فيها، و ظاهره فى الدروس الحاقه بالتلف فى اللزوم،و مثل ذلك الوطى أيضا ان أرادوا به مطلق الوطى،و ان خصوه بالاستيلاد فإشكال،لصدق بقاء العين الموجب للرجوع، و حصول الاستيلاد المانع من النقل من ملك الواطئ.

ص:٣۴٢

و بالجمله فالذی یظهر لی من الخبر المذکور هو إلحاق التصرف الموجب لزوال الصوره علی النحو المتقدم بالتلف،و أما ما عداه فلا،إلا فی الاستیلاد، فإنه محل توقف،و علی تقدیر القول باللزوم بالتصرف الناقل للملک،ففی تنزیل موت المتهب و انتقال الهبه إلی الورثه منزله التصرف الناقل قولان:أحدهما- العدم،فیجوز الرجوع،لأن هذا الانتقال لم یحصل بتصرفه و نقله،و التصرف الذی هو الموجب للزوم عندهم غیر حاصل،فیبقی کغیره علی الجواز الموجب لجواز الرجوع،لدخوله تحت الأدله المجوزه للرجوع.

و قیل:إنه منزل منزلته،لأن انتقاله عنه بالموت بفعل الله تعالی أقوی من نقله بفعل المتهب،و هو خیره الشهید فی الدروس،و شرح الإرشاد،و قواه فی الروضه.

و أنت خبیر بأن مستند هذا القول أعنی بالتفصیل انما هو الخبر المتقدم کما عرفت،و هو قد تضمن جواز الرجوع إذا کانت الهبه قائمه بعینها،و إلا فلا،و هو أعم من أن یکون عدم قیامها بعینها الموجب لعدم الرجوع مستندا الی فعل الله سبحانه،أو فعل المتهب.

لکن یبقی الإشکال فی أنه هل یصدق عدم قیامها بعینها علی صوره الانتقال، أم لا؟و قد عرفت مما قدمنا نقله عن المسالک منع ذلک،حیث نسبه الی التحکم و هو القول بغیر دلیل،أو التکلف،فیجوز الرجوع لصدق قیامها بعینها،و کلامه فی الروضه ظاهر فی موافقته للشهید،فما اختاره مؤذن بصدق ذلک،و أنه مع الانتقال یصدق عدم قیامها بعینها،و هو خلاف ما ذکره فی المسالک،کما لا یخفی اللهم إلا ان یکون کلامه فی الروضه مبنیا علی المماشاه و التنزیل،بناء علی القول بذلک،بمعنی أنا لو قلنا:بأن نقل المتهب الهبه إلی غیره موجب للزوم، فهل یکون موت المتهب الموجب لنقل(الله سبحانه)لها کذلک أم لا؟و حینئذ فیندفع عنه الإیراد،و الله العالم.

### المقام الثانی فی جمله من أحكامها زیاده علی ما سبق:

#### اشاره

و فیه مسائل

### [المسأله] الأولی:إذا وهب و أقبض ثم باع الهبه من آخر

#### اشاره

فان كانت لازمه كما فی الصوره المتقدمه،فإن المبیع غیر منعقد و لا صحیح،لكونه تصرفا فی ملک الغیر بغیر إذنه،إلا أن یكون من باب البیع الفضولی علی القول به، فیتوقف علی اجازه المتهب ان قلنا بصحته،و إلا فلا،و ان كانت الهبه جائزه یجوز الرجوع فیها،فهل یصح و یقوم مقام الرجوع فیها،فیكون بیعا و رجوعا أم لا؟ بل لا بد من الرجوع أولا ثم البیع،قولان.نقل ثانیهما عن الشیخ(رحمه الله علیه) فی المبسوط،و هو اختیار المحقق فی الشرائع،و بالأول صرح العلامه فی الإرشاد و القواعد.

احتج القائل بالعدم بأن الهبه قد انتقلت الی ملک المتهب بالعقد،و ان كان انتقالا متزلزلا قابلا للزوال بالفسخ،فبیعه قبل الفسخ وقع فی ملک الغیر،لأنه باع ما لا یملكه.

احتج القائل بالصحه بأن الأصل صحه البیع،و هو متضمن للرجوع، و المسئله خالیه من النص،إلا أن الأقرب بالنسبه إلی تعلیلاتهم هو القول بالصحه و قول ذلک القائل أنه لا بد من الفسخ أولا و إلا لكان بیعا لما لا یملكه مردود،بأنه لا ریب أن اراده البیع و قصده قبل وقوع العقد ظاهر فی إراده الفسخ و یكون وقوع العقد كاشفا عن ذلک القصد،فهو بیع بالنظر الی كشفه عن القصد و الإراده المتقدمین علی العقد،فیكون بیعا متضمنا للفسخ،و أی مانع من ذلک،و الی هذا القول مال فی المسالک،و هو من حیث الاعتبار قوی،و ان كان من حیث عدم وجود النص فی المسئله لا یخلو من توقف،و لو كانت الهبه فاسده صح البیع إجماعا،كما ادعاه فی القواعد،و هو مما لا اشكال فیه مع علمه بالفساد.

أما مع جهله و كون العقد عنده علی الظاهر الصحه و ان كان فی نفس

الأمر فاسدا فإشكال،و وجه الصحه فی الجمیع علی ما قالوا هو کونه عقدا من مالک جائز التصرف،فیکون صحیحا.

و وجه العدم علی تقدیر جهله بالفساد أنه لم یقصد نقله عن ملکه لبنائه من حیث جهله بالفساد علی أنه ملک لغیره فیکون إنما باع ملک غیره،و العقود تابعه للقصود،فلا یکون العقد معلوم الصحه،و أجیب عنه بأن إیقاع العقد باللفظ الصریح کاف فی الدلاله علی القصد الیه شرعا،کما فی نظائره من العقود، إذ لا یشترط فی صحته العلم بکونه قاصدا الی ذلک اللفظ،حیث یکون شرعیا بل یحمل إطلاق لفظه-حیث یتجرد عن قرائن عدم القصد-علی کونه قاصدا.

أقول:و الظاهر عندی أنه لا ضروره الی هذه التکلفات المذکوره،و التعلیلات المسطوره،بل الأقرب أن یجعل الکلام هنا علی تقدیر الجهل بفساد الهبه،و انها بحسب الظاهر صحیحه کالکلام فی سائر هذه المسئله و هو صحه الهبه،و لا فرق بینهما إلا بأن الهبه فی الأولی صحیحه ظاهرا و واقعا،و فی الثانیه صحیحه ظاهرا لا واقعا، و حینئذ فإذا کان الکلام هنا کالکلام ثمه،و قد عرفت ثمه أن الأقرب هو الحکم بصحه البیع،و کونه بیعا صحیحا،فأولی بالصحه هنا،حیث انه لا إشکال فی صحه البیع مع العلم بالفساد و مع الجهل بالفساد،حتی حکمنا بصحه البیع بناء علی صحه الهبه ظاهرا،و ان کانت فاسده واقعا تتأکد الصحه بظهور الفساد،لما عرفت من أنه لا إشکال فی الصحه مع العلم به فالبیع صحیح علی التقدیرین.

### تتمیم [فی صحه البیع مع الجهل بفساده]

حیث انهم قد صرحوا بصحه البیع فیما لو کانت الهبه فاسده فی الواقع، و نفس الأمر،و ان کانت صحیحه فی الظاهر علی ما تقدم من الإشکال فی بعض الصور، لما ذکروه من التعلیلات التی أشرنا إلی بعضها،صرحوا بأن من قبیل ذلک ما لو باع مال مورثه،و هو یعتقد بقاءه بمعنی أنه یحکم بصحه البیع علی تقدیر ظهور

موت المورث حاله البيع،فإن البائع باع ما هو ملكه لحصول الشرط المعتبر فى اللزوم،و صدور البيع من مالك أمره،و وجه البطلان فى الموضعين اتحاد المسئلتين، فى أنه باع مال غيره بحسب الظاهر،فيصير باطلا،و القائل بالصحه هنا نظر الى وقوع البيع على ملكه واقعا،حيث انه وقت البيع قد انتقل إليه بالإرث،و ان كان بحسب الظاهر أنه مال غيره،لعدم علمه بالوفاه و الانتقال اليه، و اعترض ذلك فى المسالك بناء على ما اعترض به فى تلك المسئله مما قدمنا الإشاره إليه،فقال هنا أيضا:و يشكل بما مر من عدم قصده الى البيع اللازم،بل انما قصد بيع غيره،و أقدم على عقد الفضولى،فينبغى أن يعتبر رضاه به مع ظهور الحال خصوصا مع ادعاء عدم القصد الى البيع على تقدير كونه ملكه،و لعل هذا أقوى لدلاله القرائن عليه،فلا أقل من جعله احتمالا مساويا للقصد الى البيع مطلقا،فلا يبقى وثوق بالقصد المعتبر فى لزوم البيع،إلا أن يقال:ان المعتبر هو القصد الى بيع لازم و توقفه على اجازه المالك أمر آخر،و الى مثل هذا نظر المصنف و جزم بصحه البيع،و مثله ما لو باع مال غيره فظهر شراء وكيله له،انتهى.

أقول:لا يخفى أن من باع مال غيره بغير اذنه و منه بيع هذا الوارث مال مورثه بناء على حياته فإنه لا يخلو من أن يكون غاصبا أو فضوليا،و على تقدير القول بصحه بيع الفضولى،فإنه عندهم موقوف فى لزومه على اجازه المالك،و ان عدمها يبطل،و الإجازه هنا غير ممكنه لظهور موته وقت البيع كما هو المفروض، فيؤل الأمر إلى البطلان على كل من التقديرين،هذا مع تسليم صحه البيع الفضولى و إلا فقد عرفت أن الحق فيه أنه باطل كما مضى تحقيقه فى كتاب البيع بما لا مزيد عليه (۱)و حينئذ فيبنى الأمر فى ذلك على أن التصرف الذى يكون بحسب الواقع شرعيا و ان لم يكن بحسب الظاهر كذلك،هل يترتب عليه ما يترتب على الشرعى ظاهرا و واقعا أم لا؟و بعباره أخرى موافقه الواقع و ان لم يتعلق به



---

۱- ۱) ج ۱٨ ص ٣٧۶.

قصد و لا اراده،بل ربما تعلق القصد و الإراده بغيره،هل يكون كافيا فی الصحه أم لا؟الظاهر من تتبع النصوص ذلک،سواء کان فی العبادات أو المعاملات،و منه ما ذكره من مثال من باع مال غيره فظهر شراء وكيله له،بمعنی أنه ظهر أن بيعه قد صادف الصحه بحسب الواقع،و ان كان بحسب الظاهر غير صحيح،فإنه لا إشكال فی صحته،و لهذا الباب فی العبادات-التی لا ريب فی أن الأمر فيها من المعاملات أشكل و أصعب-أمثله كثيره،و ناقش بعض فضلاء متأخری المتأخرين فی الاكتفاء بموافقه الواقع اتفاقا إذا لم يكن مقصودا،و قد تقدم الكلام معه فی كتاب الصلاه فی مسئله من صلی فی غير الوقت جاهلا (۱)و لو تم ما توهمه من أن الاتفاق الخارج لا مدخل له فی الأحكام الشرعيه علی الإطلاق كما زعمه،لما أجزی الصوم آخر يوم من شعبان عن شهر رمضان متی ظهر كونه منه بعد ذلک،و يسقط القضاء عمق أفطر يوما من شهر رمضان لعدم الرؤيه فی البلاد المتقاربه أو مطلقا علی الخلاف فی ذلک، و يوجب الحد علی من زنی بامرأه ثم ظهر كونها زوجته،و يصح شراء من اشتری شيئا من يد أحد المسلمين ثم ظهر كونه غصبا،و يوجب القضاء و الكفاره علی من أفطر يوما من شهر رمضان فی الظاهر ثم ظهر كونه من شوال،و يوجب القود أو الديه علی من قتل شخصا عدوانا بحسب الظاهر،ثم ظهر كونه ممن له قتله قودا،و يوجب العوض علی من غصب مالا و تصرف فيه ثم ظهر كونه له،الی غير ذلک من المواضع التی يقف عليها المتتبع،و اللازم أن يكون كلها باطله اتفاقا، و ليس ذلک إلا من حيث الاكتفاء بمطابقه الواقع و ان لم يكن مقصودا،و ما نحن فيه من قبيل ذلک،و بذلک يظهر لک أن ما أطال به الكلام شيخنا المتقدم ذكره فی المسالک بالنسبه إلی القصد فی البيع و عدمه،كله تطويل بغير طائل،و الحق فی المقام هو ما حققناه.

ثم ما ادعاه فی القواعد من الإجماع علی صحه البيع لو كانت الهبه فاسده كما



---

۱- ۱) ج ۶ ص ۲۸۷.

قـدمنا نقله عنه قـد اعترضه فى المسالـك،فقال:و اعلم أن العلامه فى القواعـد ادعى الإجماع على صـحه البيع بتقـدير ظهور فساد الهبه،و عطف عليه حكم مـا لو بـاع مـال مورثه،و الإجماع ممنوع،مع أنه فى كتاب البيع من الكتاب المـذكور نقل الخلاف فيمن باع مال مورثه فبان موته،و ان استوجه الصحه،انتهى.

أقول:من الجائز الممكن حصول الإجماع فى مسئله بيع ما ظهر فساد هبته مع الخلاف فى المسئله المعطوفه عليها،بأن يكون عطفه عليهـا بنـاء على ما يختاره فيها،لا بمعنى أنها مجمع عليها مثل الأولى،و المسـئله الأولى لم يظهر فيها منازع سواه(قـدس سـره)فيما أعلم،و هو لاـ ينـافى دعوى الإجمـاع قبله،فـإنه مع مناقشـته بمـا قـدمنا ذكره عنه لم يـذكر مخالفـا سواه،و لم يشـر الى خلاف فى المسئله بالكليه كما هى عادته غالبا.

إذا عرفت ذلک فاعلم أنهم قـد ألحقوا بالمسـئله المتقـدمه فرعا آخر أيضا، و هو أنه لو أوصـى برقبه معتقه و ظهر فساد العتق،فإن الوصـيه تكون صحيحه، لمصادفتها للملک بحسب الواقع من حيث فساد العتق،و ان كانت باطله بالنظر الى الظاهر من حيث العتق الموجب للخروج عن الملـک،فالوصـيه لم تصـادف الملـک بحسب الظـاهر،فتبطـل،إلاـ أنه لما كان المـدار انما هو على مصادفه الواقع،و الحال أنه لا عتق فى الواقع كانت صحيحه.

قال فى المسالک بعـد ذكر نحو ما ذكرناه من الحكم بالصـحه و بيان الوجه فى ذلک:و يشـكل بما مر،و يزيد هنا أنه على تقدير كونه معتقا ظاهرا و لم يتبين له حال الوصـيه فساد العتق أنه لا يكون قاصدا إلى الوصـيه الشرعيه،بل بمنزله الهاذل و العابث بالنظر الى ظاهر حاله،فلا ينفعه ظهور ملكه بعـد ذلک فى نفس الأمر،بخلاف من باع غيره فإنه قاصـد إلى بيع صـحيح شـرعى،غايته أنه جـائز من قبل المالک،لكنه لازم من قبل المشترى فهو عقـد شـرعى مقصود اليه،و ان لم يقصـد الى لزومه مطلقا،بخلاف الوصـيه بالعتق ظاهرا،فإنها بحسب الظاهر باطله

و لا يتوجه قصده الى وصيه شرعيه أصلا،لعدم علمه بها،فالقول هنا بتوقفها على تجديد لفظ يدل على إمضائها متعين،و هو فى الحقيقه فى قوه وصيه جديده،إذ لا تنحصر فى لفظ مخصوص،بل كل لفظ يدل عليها كما سيأتى كاف و هذا منه،انتهى.

أقول:لا ريب انه بالنظر الى الظاهر فالأمر كما ذكره من أنه بحسب الظاهر حيث لم يتبين له فساد العتق،ثم لو وصى و الحال هذه،فإنه فى معنى الهاذل أو العابث،و لكن بالنظر الى الواقع حيث ان العتق فاسد فى نفس الأمر و انه مالك فإنه لا مانع من الصحه،لما قدمنا ذكره من أن مطابقه الواقع و ان لم يتعلق به قصد بل ربما تعلق القصد بغيره كما عرفت من الأمثله المتقدمه كاف فى الصحه.

و ما ذكره فى الفرق بين بيع المذكور فى الصوره الأولى و الوصيه من أنه فى البيع قاصد الى بيع صحيح الى آخره،ففيه أن جميع ما وصفه به و نوه به،كله مراعى بإجازه المالك،و أنه مع عدمها يكون العقد باطلا بلا خلاف،و العقد المزبور قد وقع بعد موت المالك واقعا كما تقدم،فالإجازه فيه متعذره،فتحتم أن يكون باطلا،نعم لما اتفق واقعا كونه ملكا للبائع صح العقد بالنظر الى ذلك.

و بالجمله فإن هذا العقد بالنظر الى ظاهر الأمر و تصرف الوارث فى مال مورثه بالبيع بناء على حياته قد ظهر كونه باطلا بعدم لحوق الإجازه له،لكن لما اتفق انتقال ذلك الى الوارث واقعا و صار ملكا له و ان لم يعلم به فقد صادف العقد ما يوجب صحته،و ان كان غير مقصود بل المقصود غيره كما عرفت فى الصور المتقدمه،و بعين هذا يقال فى الوصيه:فإنه لما أوصى بشىء لا يملكه ظاهرا، فإنها بحسب الظاهر باطله لكن لما صادف فى الواقع ما يوجب الصحه،و هو ملكه للعبد لبطلان العتق حكم بصحتها بالتقريب المتقدم فى أمثالها.

و بالجمله فالظاهر هو القول المشهور،و مناقشاته(قدس سره)فى جميع هذه المواضع لا تخلو من القصور،و الله العالم.

ص:٣۴٩

**المسئله الثانيه [حكم ما لو تراخى القبض عن العقد ثم أقبض] :**

قد صرحوا بأنه إذا تراخى القبض عن العقد ثم أقبض حكم بانتقال الملك من حين القبض لا من حين العقد،و ليس كذلك الوصيه،فإنه يحكم بانتقالها بالموت مع القبول،و ان تأخر القبض.

أقول:قد تقدم ذكر الخلاف سابقا فى أن القبض هل هو شرط فى اللزوم أو الصحه،و أن المشهور بين المتأخرين هو الثانى،و الظاهر أن هذا الكلام مبنى على هذا القول،فان مقتضاه أن الملك لا يحصل إلا بعد القبض،لكون العقد قبل القبض غير صحيح،فلا يوجب الملك و أما على مذهب من قال:انه شرط فى اللزوم فان العقد قبل القبض عنده صحيح ناقل للملك،إلا أنه لا يلزم إلا بالقبض،إلا أن هذا القول كما تقدم ذكره،لا يخلو من الاشكال لما عرفت ثمه.

و بالجمله على تقدير القول بشرطيته فى الصحه،إنما يحصل الانتقال الى ملك المتهب بالقبض،فيكون القبض ناقلا الملك لا كاشفا عن انتقاله بالعقد،كما هو مقتضى القول باللزوم،و تظهر الفائده فى مواضع،منها النماء المتخلل بين العقد و القبض،و أما الوصيه فإنها تنتقل الى الموصى إليه بالقبول،و موت الموصى و لا يشترط فيها القبض كما سيأتى تحقيقه فى محله ان شاء الله تعالى،و هذا هو الموافق لقواعد العقود،الا أن الهبه خرجت عندهم بدليل خاص كما تقدم.

هذا و المفهوم من كلام بعضهم هو جواز تراخى القبض عن العقد،و الوجه فيه أصاله عدم الفوريه لعدم الدليل عليها،و فى القواعد استشكل فى صوره تراخيه.

قال فى المسالك:و الاشكال مبنى على القول بأن القبض شرط لصحه الهبه، لا للزومها،فيكون جزء من السبب المصحح لها كالقبول،و اعتبرت فوريته كما اعتبرت فوريه القبول،و فيه أن الجزئيه لا تقتضى الفوريه أيضا،إذ لا امتناع فى تراخى بعض أجزاء السبب عن بعض،و اعتبار الفوريه فى القبول جاء من دليل من خارج عند من اعتبرها،نظرا منه الى أن جواب الإيجاب يعتبر فيه ما يعد معه

جوابا،و مع ذلک ففیه ما فیه کما لا یخفی،انتهی.

### المسئله الثالثه [فی قبول قول منکر الإقباض و إن أقر بالهبه] :

لو أقر بـالهبه و أنکر الإقبـاض کـان القول قوله،لأنه منکر و الأصـل عـدم الإقباض،فإن ادعی علیه من أقر له بالهبه الإقباض،لزمته الیمین فی إنکـاره الإقبـاض،و انمـا کانت الیمین لازمه له فی هـذه الصوره دون الأولی،بل یقبل قوله هناک بغیر یمین،لأن الیمین انمـا تکون لإنکـار مـا یـدعیه المـدعی،فـإذا لم یـدع علیه الإقبـاض لا وجه للزوم الیمین علیه،و ان صـدق أنه منکر قبل الـدعوی المـذکوره،إذ لیس کل منکر یلزمه الیمین علی الإطلاق،بل لا بد من انضـمام دعوی ما أنکره المنکر،و هو مما لا خلاف فیه،و لا شبهه یعتریه،و لو أقر بـالهبه و التملیک فقال:و هبته و ملکته و لکن أنکر القبض فالإشـکال،ینشأ من بناء الکلام هنا علی ما تقـدم من الخلاف فی أن القبض هـل شـرط لصـحه الهبه،فلا یحصـل الملک بـدونه،أم شـرط للزومها فیحصل بـدونه،و ان کان ملکا متزلزلا یجوز رفعه بالفسخ،و بیان ذلک أن الهبه تحصل بمجرد الإیجاب و القبول.و القبض أمر خارج عن ماهیتها،و انما اعتبر فی صحتها أو لزومها،فإقراره بالهبه و قوله و هبته لا یـدل علی أزید من وقوع وقوع الهبه بالإیجاب و القبول،و أما القبض فلا دلاله له علیه و قوله ثانیـا و ملکته فـان قلنـا بـأن القبض شـرط فی الصـحه فمقتضـی هـذا الإقرار أنه أقبضه،لأن الملک علی هـذا القول لا یحصـل إلا بالإقبـاض،فیحکم علیه بالإقباض حیث یقول و ملکته،فلا معنی لإنکاره الإقباض حینئـذ،هـذا ان کان المقر ممن یری هـذا القول اجتهـادا أو تقلیـدا،أو ان کان ممن یری أن القبض شـرط فی اللزوم،و أن الملک یحصل بغیر القبض،فیجوز أن یکون إقراره إخبارا عن رأیه و معتقـده،فلا یدل علی الإقباض،و ذیل الکلام فی المقام واسع،من أراد الوقوف علیه فلیرجع الی مطولات الأصـحاب(رضوان الله علیهم)إلا أنه لما کانت المسـئله خالیه عن النصوص،فتطویل الکلام فیها بنحو هـذه التعلیلات تطویل بغیر طائل و الله العالم.

### المسئله الرابعه [حكم ما لو رجع الواهب فى الهبه]

قالوا:إذا رجع الواهب فى الهبه حيث يجوز له الرجوع فان وجدها بحالها لم تتغير،فلا اشكال،و ان وجدها متغيره معيبه لم يرجع بالأرش لأنه حدث فى عين مملوكه للمتهب و قد سلطه مالكها على إتلافها مجانا فلا يكون مضمونه عليه،سواء كان العيب بفعله أم لا،و ان وجدها زائده زياده متصله كالسمن و التعلم فهى للواهب،لأنها تابعه للعين،بل داخله فى مسماها أو جزء لها لغه و عرفا،فالرجوع فى العين يستتبعها، و ان وجدها زائده زياده منفصله حسا و شرعا كالولد الناتج و اللبن المحلوب و الثمره المقطوعه و الكسب فهى للمتهب،لأنها نماء حدث فى ملكه،فيختص به و ان كانت الزياده منفصله حسا كالحمل المتجدد بعد القبض،و اللبن كذلك قبل أن يحلب و الثمره قبل قطافها،فكذلك على المشهور،لعين ما تقدم.

قال ابن حمزه:له الرجوع فى الأم و الحمل المتجدد،بناء على انه كالجزء من الأم،و مثله الصوف و الشعر المنجز،و لو لم يبلغ أو ان جزه،فان الأشهر تبعيته للعين،هذا كله إذا كانت الزياده قد حدثت بعد ملك المتهب للعين،و ذلك بعد العقد و القبض،و أما لو حدثت قبله فهى كالموجوده قبل الهبه،فيرجع فيها كما يرجع فى العين.

أقول،قد تقدم الكلام فى هذه المسئله.

## كتاب السبق و الرمايه

### اشاره

السبق بسكون الباء مصدر سبق،و فى الصحاح مصدر سابق،قال فى المسالك:

و كلاهما صحيح،إلا أن الثانى أوفق بالمطلوب هنا،لأن الواقع فى معاملته بين كون العمل بين اثنين فصاعدا فباب المفاعله به أولى،و السبق بالتحريك ما يبذل للسابق عوض سبقه،و يقال له الخطر بالخاء المعجمه و الطاء المهمله المفتوحتين.

قال فى كتاب المصباح المنير:«و السبق بفتحتين الخطر»،و هو ما يتراهن عليه المتسابقان،و سبقته بالتشديد،أخذت منه السبق،و سبقته أعطيته إياه،قال الأزهرى:

و هذا من الأضداد،انتهى.

قالوا:و فائدته بعث النفس على الاستعداد للقتال و الهدايه لممارسه النضال، لكونه من أهم الفوائد الدينيه فى الجهاد للأعداء الذى هو معظم أركان الإسلام، و بهذه الفائده خرج عن اللهو و اللعب المنهى عنهما،و عن المعامله عليهما، و أنا أذكر أولا ما وقفت عليه من الأخبار الوارده عنهم عليهم السلام فى هذا المقام ثم اشفعه بما ذكره علمائنا الأعلام(رفع الله تعالى درجاتهم فى دار المقام).

ص :٣٥٣

**[الأخبار فی المقام]**

الأول-ما رواه

فی الکافی عن طلحه بن زید (۱)«عن أبی عبد الله علیه السلام

أن رسول الله (صلی الله علیه و آله و سلم)أجری الخیل التی أضمرت من الحفیاء الی مسجد بنی زریق و سبقها من ثلاث نخلات فأعطی السابق عذقا و أعطی المصلی عذقا و أعطی الثالث عذقا». قوله علیه السلام«التی أضمرت»إضمار الخیل بعلفها القوت بعد السمن یقال:

ضمر البعیر ضمورا-من باب قعد-:دق و قل لحمه،قیل-و الضمار بالکسر-:

الموضع الذی تضمر فیه الخیل،و یکون وقیا للأیام التی تضمر فیها،و تضمر الخیل أن یظاهر علیها بالعلف حتی تسمن،ثم لا تعلف إلا القوت لتخف،و ذلک فی مده أربعین یوما و هذه المده تسمی الضمار،و الموضع الذی تضمر فیه الخیل أیضا یسمی مضمار و قیل:هی أن تشد علیها سروجها و تجلل بالأجله حتی تعرق تحتها، فیذهب زهلها و یشتد لحمها،و الحفیا بالحاء المهمله ثم الفاء یمد و یقصر،موضع بالمدینه علی أمیال،و بعضهم یقدم الیاء علی الفاء کذا فی النهایه،و بنوا زریق بتقدیم الزاء حی من الأنصار،قوله«و سبقها من ثلاث نخلات»هو ما تقدم بفتحتین، و هو الخطر الذی یقع الراهن علیه،و العذق بفتح العین المهمله و سکون الذال المعجمه النخله بحملها.

الثانی-ما رواه

فی الکافی أیضا عن غیاث بن إبراهیم (۲)

«عن أبی عبد الله علیه السلام عن أبیه عن علی بن الحسین علیه السلام أن رسول الله(صلی الله علیه و آله و سلم)أجری الخیل و جعل سبقها أواقی من فضه». و الأواقی بتشدید الیاء و تخفیفها جمع أوقیه، و هی أربعون درهما،و یقال:أیضا لسبعه مثاقیل.

الثالث-ما رواه

فی الفقیه مرسلا (۳)قال:

«قد سابق رسول الله(صلی الله علیه و آله و سلم)أسامه بن زید و أجری الخیل»فروی أن ناقه النبی(صلی الله علیه و آله و سلم)سبقت،فقال علیه السلام:انها بغت و قالت:فوقی رسول الله(صلی الله علیه



---

۱- ۱) الکافی ج ۵ ص ۴۸ ح ۵،الوسائل ج ۱۳ ص ۳۵۰ ح ۱.

۲- ۲) الکافی ج ۵ ص ۴۹ ح ۷،الوسائل ج ۱۳ ص ۳۵۰ ح ۲.

۳- ۳) الفقيه ج ۴ ص ۴۲ ح ۱۳۷،الوسائل ج ۱۳ ص ۳۴۷ ح ۶.

و آله و سلم)و حق على الله أن لا يبغى شىء على شىء إلا أذله الله،و لو أن جبلا بغى على جبل لهد الله الباغى منهما».

الرابع-ما رواه

فى الكافى عن أبى بصير (1)

«عن أبى عبد الله عليه السلام قال:ليس شىء تحضره الملائكه إلا الرهان و ملاعبه الرجل بأهله».

قيل المراد بالشىء الأمر المباح الذى فيه تفريح و لذه،و الرهان المسابقه على الخيل،و نحوها كما يدل عليه الخبر الآتى.

الخامس-ما رواه

فى الفقيه مرسلا (2)قال:قال الصادق عليه السلام

ان الملائكه لتنفر عن الرهان و تلعن صاحبه ما خلا الحافر و الخف و الريش و النصل فإنه يحضره الملائكه و قد سابق رسول الله(صلى الله عليه و آله و سلم)أسامه بن زيد و أجرى الخيل.

السادس-ما رواه

فى التهذيب عن العلاء بن سيابه (3)قال:

«سألت أبا عبد الله عليه السلام عن شهاده من لعب بالحمام؟قال:لا بأس إذا لم يعرف بفسق،

ثم قال:و بهذا الاسناد قال:سمعته يقول:

لا بأس بشهاده الذى يلعب بالحمام، و لا بأس بشهاده صاحب السباق المراهن عليه،فان رسول الله(صلى الله عليه و آله و سلم)قد أجرى الخيل و سابق،و كان يقول:ان الملائكه تحضر الرهان فى الخف و الحافر و الريش و ما عدا ذلك قمار حرام».

السابع-ما رواه

فى الفقيه عن العلاء بن سيابه (4)قال:

«سألت أبى عبد الله عليه السلام عن شهاده من يلعب بالحمام؟قال:لا بأس إذا كان لا يعرف بفسق،قلت:فان من قبلنا يقولون قال عمر:هو شيطان،فقال:سبحان الله أما علمت أن رسول الله



---

1- 1) الكافى ج 5 ص 49 ح 10.

۲- ۲) الفقيه ج ۴ ص ۴۲ ح ۱۳۶. و هما فى الوسائل ج ۱۳ ص ۳۴۷ ح ۶ و ۱.
۳- ۳) التهذيب ج ۶ ص ۲۸۴ ح ۷۸۵.
۴- ۴) الفقيه ج ۳ ص ۳۰ ح ۲۳. و هما فى الوسائل ج ۱۸ ص ۳۰۵ ح ۲ و ۳.

(صلی الله علیه و آله و سلم)قال:ان الملائکه لتنفر عند الرهان،و تلعن صاحبه ما خلا الحافر و الخف و الریش و النصل فإنها تحضره،و قد سابق رسول الله أسامه بن زید و أجری الخیل».

الثامن-ما رواه

فی التهذیب عن عبد الله بن عبد الرحمن (۱)عن ابی الحسن علیه السلام قال:

«قال رسول الله(صلی الله علیه و آله و سلم):ارکبوا و ارموا و ان ترموا أحب الی من أن ترکبوا ثم قال:کل لهو المؤمن باطل،إلا ثلاثه:فی تأدیبه الفرس، و رمیه عن قوسه،و ملاعبته امرأته،فإنهن حق،إلا ان الله تعالی لیدخل بالسهم الواحد الثلاثه الجنه:عامل الخشبه،و المقوی به فی سبیل الله،و الرامی به فی سبیل الله».

التاسع-ما رواه

فی الکافی عن طلحه بن زید (۲)

«عن أبی عبد الله عن آبائه علیهم السلام قال:الرمی سهم من سهام الإسلام».

العاشر-ما رواه فیه أیضا

عن حفص بن البختری (۳)فی الحسن

«عن أبی عبد الله علیه السلام أنه کان یحضر الرمی و الرهانه».

الحادی عشر-ما رواه فیه أیضا

بهذا الاسناد (۴)

«عن أبی عبد الله علیه السلام أنه قال:لا سبق إلا فی الخف أو حافر أو نصل یعنی النضال». و المراد بالنضال بالضاد المعجمه المرماه،و السبق یحتمل أن یکون بالتسکین مصدرا فیفید الخبر المنع من الرهان فی غیر الثلاثه المذکوره،و یحتمل أن یکون بالتحریک بمعنی الخطر فیفید الخبر المنع من الأخذ و الإعطاء فی غیرها،دون أصل المسابقه.

الثانی عشر-ما رواه

فی الکافی عن طلحه بن زید (۵)عن أبی عبد الله علیه السلام قال:

«أغار المشرکون علی سرح المدینه فنادی فیها منادیا یا سوء صباحاه،

۱- ۱) الکافی ج ۵ ص ۵۰ ح ۱۳،التهذیب ج ۶ ص ۱۷۵ ح ۳۴۸.الوسائل ج ۱۴ ص ۸۳ ح ۲.

۲- ۲) الکافی ج ۵ ص ۴۹ ح ۱۱.الوسائل ج ۱۳ ص ۳۴۸ الباب ۲ ح ۲.

۳- ۳) الکافی ج ۵ ص ۵۰ ح ۱۵.الوسائل ج ۱۳ ص ۳۴۸ الباب ۲ ح ۴.

۴- ۴) الکافی ج ۵ ص ۵۰ ح ۱۴.الوسائل ج ۱۳ ص ۳۴۸ ح ۱.

۵- ۵) الکافی ج ۵ ص ۵۰ ح ۱۶.الوسائل ج ۱۳ ص ۳۴۶ ح ۲.

فسمعها رسول الله(صلی الله علیه و آله و سلم)فی الخیل فرکب فرسه فی طلب العدو و کان أول أصحابه لحقه أبو قتاده علی فرس له،و کان تحت رسول الله(صلی الله علیه و آله و سلم)سرج دفتاه لیف،لیس فیه أشر و لا بطر،فطلب العدو فلم یلق أحدا و تتابعت الخیل،فقال:أبو قتاده یا رسول الله ان العدو قد انصرف،فإن رأیت أن نستبق؟فقال:نعم فاستبقوا فخرج رسول الله(صلی الله علیه و آله و سلم)سابقا، ثم أقبل علیهم فقال:أنا ابن العواتک من قریش،انه لهو الجواد البحر،یعنی فرسه». و المراد بالسرح هو المال السائم،قوله(صلی الله علیه و آله و سلم)«أنا ابن العواتک»هو جمع عاتکه و هی المرأه المجمره بالطیب،و کان هذا الاسم لثلاث نسوه من أمهاته(صلی الله علیه و آله و سلم)إحداهن عاتکه بنت هلال أم عبد مناف بن قصی،و الثانیه عاتکه بنت مره بن هلال أم هاشم بن عبد مناف،و الثالثه عاتکه بنت الأوقص بن مره بن هلال أم وهب أبی آمنه أم النبی(صلی الله علیه و آله و سلم) فالأولی من العواتک عمه الثانیه،و الثانیه عمه الثالثه،قیل:و بنوا سلیم کانوا یفتحزون بهذه الولاده،و قیل العواتک فی جدات النبی(صلی الله علیه و آله و سلم) تسع ثلاث من بنی سلیم،وهن المذکورات،و البواقی من غیرهم.

الثالث عشر-ما رواه

الحمیری فی قرب الاسناد عن الحسین بن علوان (۱)

«عن جعفر عن أبیه علیهما السلام أن رسول الله(صلی الله علیه و آله و سلم)سابق بین الخیل و أعطی السوابق من عنده».

الرابع عشر-ما رواه

فی الکتاب المذکور عن أبی البختری (۲)

«عن جعفر بن محمد عن أبیه عن علی بن الحسین علیهم السلام أن رسول الله(صلی الله علیه و آله و سلم) أجری الخیل و جعل لها سبع أواقی من فضه،و أن النبی(صلی الله علیه و آله و سلم) أجری الإبل مقبله من تبوک فسبقت الغضباء و علیها أسامه،فجعل الناس یقولون:



---

۱- ۱) قرب الاسناد ص ۴۲،الوسائل ج ۱۳ ص ۳۵۰ ح ۳.

۲- ۲) قرب الاسناد ص ۶۳،الوسائل ج ۱۳ ص ۳۵۱ ح ۴.

سبق رسول الله(صلی الله علیه و آله و سلم)،و رسول الله(صلی الله علیه و آله و سلم) یقول:سبق أسامه». هذا ما حضرنی من الأخبار.

و الکلام فیما ذکره الأصحاب(رحمه الله علیهم)فهو یقع فی موارد:

## [المورد] الأول [فی لزوم عقد السبق و الرمایه و جوازه] :

لا خلاف بین أصحابنا(رضوان الله علیهم)و غیرهم فی ثبوت المسابقه و المراماه و شرعیه الجعل علیها.

قال فی التذکره:جواز هذا العقد بالنص و الإجماع،و لا خلاف بین الأمه فی جوازه،و ان اختلفوا فی تفصیله،و فی المسالک:لا خلاف بین جمیع المسلمین فی شرعیه هذا العقد،و فائدته من أهم الفوائد الدینیه،لما یحصل بها من غلبه العدو فی جهاد أعداء الله تعالی الذی هو أعظم أرکان الإسلام.

و انما الخلاف عندهم و عند غیرهم أیضا فی لزوم هذا العقد و جوازه،فذهب جماعه منهم ابن إدریس بل الظاهر أنه أولهم و المحقق إلی الأول،و ذهب الشیخ و العلامه فی المختلف و غیرهما الی الثانی،و أنه من العقود الجائزه کالجعاله،لا اللازمه کالإجاره احتج الأولون بقوله (1)«أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»

و

«المؤمنون عند شروطهم» (2).

أجاب فی المختلف عن الآیه حیث اقتصر علی الاستدلال لهم بها،بأنا نقول بالموجب فان الوفاء بالعقد هو العمل بمقتضاه،فان کان لازما کان الوفاء به العمل بمقتضاه علی سبیل اللزوم،و ان کان جائزا کان الوفاء به العمل بمقتضاه علی سبیل الجواز،قال:أیضا لیس المراد مطلق العقود،و إلا لوجب الوفاء بالودیعه و العاریه و غیرهما من العقود الجائزه،و هو باطل بالإجماع،فلم یبق إلا العقود اللازمه،و البحث وقع فیه،انتهی.

و أما حدیث المشروط فیمکن الجواب عنه بما تقدم فی الجواب عن الآیه، من أنه أعم من اللزوم و عدمه،بمعنی أنه مأمور بالوفاء بالشرط،أعم من أن



---

1- 1) سوره المائده-الایه 1.

2- 2) الوسائل ج 15 ص 30 ح 4.

یکون أمرا إیجابیا أو استحبابیا.

نعم یکون لازما إذا وقع فی عقد لازم،و أورد علی ما أجاب به فی المختلف بأن الأمر بالعقود عام فی جانب المأمور و المأمور به،فیشمل بعمومه سائر العقود ثم تخصیصه ببعضها،و إخراج العقود الجائزه،یبقی العموم حجه فی الباقی،کما هو محقق فی الأصول.

و أما قوله ان الوفاء بالعقد العمل بمقتضاه من لزوم و جواز،فهو خلاف الظاهر منه،فان مقتضی الوفاء بالشیء التزامه و العمل بمقتضاه مطلقا،انتهی و هو جید.

و هکذا یقال:بالنسبه إلی حدیث الشرط فإن الأمر بالوفاء بالشرط یقتضی وجوب الوفاء،لأن الأصل فی الأمر الوجوب،و اشتراکه من الوجوب و الاستحباب لا یثمر نفعا،فان العمل علی ما یقتضیه الأصل حتی یقوم دلیل علی خلافه قال فی المسالک و منشأ هذا الخلاف انها عقد یتضمن عوضا علی عمل،و هو مشترک بین الإجاره و الجعاله ثم انها مشتمله علی اشتراط العمل فی العوض،و کونه معلوما و هو من خواص الإجاره و علی جواز إبهام العامل فی السبق،و علی ما لا یعلم حصوله من العامل،و علی جواز بذل الأجنبی،و هو من خواص الجعاله فوقع الاختلاف بسبب ذلک،فعلی القول بأنها جعاله یلحقها أحکامها من الاکتفاء بالإیجاب تکون جائزه،و علی القول بالإجاره یفتقر معه الی القبول و تکون لازمه، و یمکن أن یجعل عقدا برأسه،نظرا الی تخلف بعض خواصها عن کل من الأمرین علی حدیه،کما عرفت،و یقال حینئذ بلزومها لعموم الآیه،و هذا أجود، اللهم إلا أن یناقش فی أن الجعاله لیست عقدا فلا یتناول الآیه لها و لنظائرها، و یرجع الی أصاله عدم اللزوم حیث یقع الشک فی کون المسابقه عقدا أم لا؟انتهی.

أقول:لا یخفی علی من راجع الأخبار التی قدمناها و هی أخبار المسئله التی وردت فیها و لیس غیرها فی الباب،أنه لا دلاله فی شیء منها علی وقوع عقد

و لا- إيجاب و لا- قبول بالكليه،و غايه ما دلت جمله منها على أن رسول الله(صلى الله عليه و آله و سلم)أجرى الخيل و سابق و أعطى السابق كذا و كذا،و المفهوم منه هو حل ما يؤخذ من المال على هذه المعامله و أما كونه على جهه اللزوم و الوجوب فلا-إلا إن يقال:بوجوب الوفاء بالشرط،و أن إعطاء المال لا يلزم أن يكون من المسبوق،فان الظاهر أن إعطاءه(صلى الله عليه و آله و سلم)ذلك ليس من حيث كونه مسبوقا،و انما هو متبرع منه،لمن حصل له مزيه السبق.

و ظاهر الأخبار المذكوره بل صريحها أن هذه معامله برأسها،و هى من قبيل الرهان،الا أنه غير محظور كسائر أفراد الرهان،كما ينادى به الخبر الرابع و الخامس و السادس و السابع و العاشر (1)حيث سمى هذه المعامله فيها رهانا و أنه رهان حق جائز شرعا،يحل ما أخذ عليه قال فى القاموس:و المراهنه و الرهان:المخاطره و المسابقه على الخيل،انتهى و هو ظاهر فى المراد.

و حينئذ فقد اتفقت الأخبار و كلام أهل اللغه على هذه التسميه،و تجعل معامله برأسها كما فى أفراد الرهان إلا أنها حق،و ما يؤخذ عليها حلال، و ما عداها باطل،و ما يؤخذ عليه حرام.

و أما الكلام فى لزوم ما يجعل خطرا فالظاهر ذلك،لما عرفت من وجوب الوفاء بالوعد و الوفاء بالشروط،هذا ما يفهم من الأخبار المذكوره،و ما أطالوا به فى هذا المقام من الاختلاف فى كونها اجاره فيتفرع عليها ما يتفرع على الإجاره أو جعاله فكذلك،كله تطويل بغير طائل،و تحصيل لغير حاصل،كما لا يخفى على من لاحظ الأخبار المذكوره،و انما كلامهم هنا جرى على مجرى بحث العامه فى المسئله،و هذه التفريعات و الاختلافات كلها تبعا لهم،كما عرفته فى غير مقام مما سبق،و من رجع الى الأخبار الوارده فى المسئله عرف صحه ما قلناه، و وضوح ما فصلناه،و الله العالم.



---

١- ١) ص ٣٥۵ و ٣۵۶.

## المورد الثانی [النص فی السبق و الرمایه] :

### اشاره

قد صرح الأصحاب(رضی الله عنهم)بأنه یقتصر فی جواز المسابقه علی النصل و الخف و الحافر وقوفا علی مورد الشرع،و أنه یدخل تحت النصل السهم و النشاب و الحراب و السیف،و أن الخف یتناول الإبل و الفیله اعتبارا باللفظ و أنه لا تجوز المسابقه بالطیور و لا علی القدم،و لا بالسفن و لا المصارعه.

أقول:و تحقیق الکلام فیما ذکروه یقع فی مقامات

### أحدها [فی وجوب الاقتصار علی مورد النص فی السبق و الرمایه]

-أن ظاهر قولهم أنه یقتصر علی هذه الثلاثه وقوفا علی مورد الشرع هو أن هذه المعامله علی خلاف الأصل،بمعنی القواعد الشرعیه،لاشتمالها علی اللهو و اللعب و القمار فی بعض الوجوه،و هذه الأشیاء مما نهت منها الشریعه المحمدیه،فالأصل أن لا یصح منها إلا ما ورد الشرع بالاذن فیه،و هو کلام حق،إلا أنک قد عرفت أن ما قدمناه من الأخبار قد اشتمل علی زیاده الریش و المراد به الحمام،فیجوز المسابقه بها أیضا،و علیه یدل الخبر الخامس و السادس و السابع (۱)،فهذه الأخبار الثلاثه کلها داله علی جواز المسابقه بالحمام،و الثلاثه التی خصوا الجواز بها لم ترد إلا فی الخبر الحادی عشر (۲)خاصه،و العجب هنا من قول شیخنا الشهید الثانی فی المسالک بعد قول المصنف أنه لا یجوز المسابقه بالطیور الی آخر ما قدمنا ذکره، وجه المنع من هذه الأمور الحصر المستفاد من الخبر السابق المقتضی لنفی مشروعیه ما عدا الثلاثه،و النهی عنه الشامل لهذه الأمور و غیرها،انتهی.

و علی هذا النهج کلام غیره و ظاهرهم الاتفاق علی الحصر فی الثلاثه المذکوره، و أن غیرها غیر منصوص فی الأخبار،و حملهم علی عدم الوقوف علی شیء من هذه الأخبار-من الصدر السابق منهم کالشیخ الذی هو أول من صرح بهذا الحکم الی أن وصلت النوبه إلی هؤلاء المتأخرین-لا یخلو من بعد،و أبعد منه أنهم یقفون علیها و لا یقولون بها،و لا یتعرضون للجواب عنها بوجه من الوجوه.



---

۱- ۱) ص ۳۵۵.

۲- ۲) ص ۳۵۶.

و أما ما استدل به من الحصر فی الخبر المذکور فیمکن الجمع بینه و بین هذه الأخبار الداله علی جواز المسابقه بها علی الحمل علی الفرد الضروری منه الذی یعتد به من حیث یحتاج الیه الجهاد،و نحوه،أو یراد باعتبار الغالب،فان الغالب من أفراد المسابقه هو هذه الثلاثه،للعله المذکوره،و ان جاز السبق فی غیرها و الأخبار المذکوره لا یمکن حملها علی التقیه،لیتم ما ذکروه،فان ظاهر قوله فی الحدیث السابع قال عمر:هو الشیطان بعد قوله علیه السلام لا بأس باللعب بالحمام الظاهر فی إراده المسابقه بها،یشعر بأن العامه تنکر جواز اللعب و المسابقه بها و لهذا استدل علیه السلام علی رد کلامهم بالخبر الذی نقله عن رسول الله(صلی الله علیه و آله و سلم)الصریح فی جواز المسابقه بها،و لم أقف لأحد من أصحابنا حتی من متأخری متأخریهم علی الجواب عن هذه الأخبار التی ذکرناها،و لا علی قول أحد منهم بها.

و بالجمله فالظاهر هو القول بما دلت علیه الأخبار المذکوره و یؤیده ما اشتملت علیه من عدم منافاه ذلک للعداله و عدم کونه مستوجبا للفسق،فان المراد باللعب بالحمام فیها إما المسابقه،کما هو ظاهر الخبر السابع،أو الأعم،و إذا ثبت أن ذلک لا ینافی العداله وجب الحکم بجوازه،و أنه لا یکون من قبیل اللعب و اللهو المنهی عنه المخل بالعداله،و الموجب للفسق اتفاقا،و هذا بحمد الله سبحانه ظاهر لا ستره علیه،و لا یأتیه الباطل من خلفه و لا من بین یدیه،و مما یدل علی ما قلنا ما رواه

زید النرسی (1)فی کتابه

«عن أبی عبد الله علیه السلام قال:سمعته یقول إیاکم و الرهان،إلا رهان الخف و الحافر و الریش فإنه یحضره الملائکه».

### و ثانیها [اتحاد السهام و النشاب]

-أن ما ذکر من أنه یدخل تحت النصل الأربعه المعدوده،ففیه أن ظاهر الصحاح هو اتحاد السهام و النشاب،حیث قال:النشاب السهام، و حینئذ فالعطف هنا یصیر من قبیل عطف المرادف.



---

۱- ۱) المستدرک ج ۲ ص ۵۱۶ الباب ۳ ح ۱.

و ظاهر كلام الشيخ أن هذه التسميه بهذين الاسمين مع كون المسمى واحدا إنما هو باعتبار اللغات،فيقال:للنصل نشابه عند العجم،و سهم عند العرب، و حينئذ فيكون العقد دائما هو بهذا الاعتبار،و زاد الشيخ المرازيق قال و هى الرد بنيات و الرماح و السيوف.

قال فى المسالك:اعلم أن حصر النصل فيما ذكر هو المعروف لغه و عرفا، فلا يدخل فيه مطلق المحدد كالدبوس و عصى المدافق،إذا جعل فى رأسها حديده و نحو ذلك عملا بالأصل السابق،قال فى الصحاح:النصل نصل السهم و السيف و السكين و الرمح،و يحتمل الجواز بالمحدد المذكور،اما بادعاء دخولها فى النصل أو لإفادتها فائده النصل فى الحرب،و قد كان بعض مشايخنا المعتمدين يجعل وضع الحديده فى عصى المدافق حيله على جواز الفعل،نظرا الى دخوله بذلك فى النصل،انتهى.

**و ثالثها [فى مصاديق ما دل عليه النص]**

-أنه لا خلاف بين أصحابنا(رضوان الله عليهم)فيما ذكر من دخول الإبل و الفيله تحت الخف،و الفرس و البغل و الحمار تحت الحافر،و انما نقل الخلاف عن بعض العامه فى الفيل؟قال:لأنه لم يحصل به الكر و الفر فلا معنى للمسابقه عليها،ورد بعموم الخبر،و كذا نقل الخلاف عن بعضهم فى جواز المسابقه على البغل و الحمار،قال:لأنهما لا تقاتل عليهما غالبا،و لا يصلحان للكر و الفر، و رد أيضا بما رد به سابقه.

أقول:لا يخفى أنه بالنظر الى ما قدمنا نقله عنهم،من أن فائده هذا العقد و تعلم السبق و الرمايه هو الممارسه لذلك،لأجل جهاد أعداء الدين،فان قول هذين القائلين من العامه هنا لا يخلو من قرب،فان الجهاد لا يقع على هذه المذكورات لا سابقا و لا لا حقا،و يؤيده أن الإطلاق فى الأخبار انما يحمل على الأفراد الشائعه المتكثره الوقوع،دون الشاذه النادره الوقوع،فضلا عن غير الواقعه بالكليه،و لهذا ان أمير المؤمنين عليه السلام كان يركب فى الحرب بغله رسول الله

(صلی الله علیه و آله و سلم)فعوتب علی ذلک،فقال:انی لا أوفر عن من أقبل،و لا أتبع من أدبر،و البغله یکفنی،و هو ظاهر فیما قلناه من أنها لا تصلح للجهاد علیها، و یؤکده أن الأخبار المتقدمه و هی أخبار المسئله کملا لا یشمل علی غیر الخیل، و النوق من ذوات الحافر و الخف،و لیس فیها تعرض و لا اشاره لمثل الفیل و البغال و الحمیر بالکلیه.

و بالجمله فإنه لولا الاتفاق علی الحکم المذکور لکان القول بما ذکره هؤلاء قویا،فإن الأخبار إذا ضم مطلقها الی مقیدها علم منه حمل الحافر علی الخیل خاصه،و الخف علی البعیر خاصه،و هکذا القول فی البغل أیضا،فإن ما ذکروه من تعدیه الحکم الی ما یصدق علیه النصل من تلک المعانی،مع کون الوارد فی الأخبار المتقدمه انما هو السهام و النشاب التی ترمی عن القوس بعید غایه البعد،و یؤید ما قلناه تفسیره فی الخبر الحادی عشر الذی هو مستندهم فی الحصر فی الثلاثه النصل بالنضال و هی المراماه بالسهام کما تقدم ذکره،و حینئذ فلو قیل بالتخصیص بذلک لکان فی غایه الجوده.

### و رابعها [فی حکم المسابقه بغیر المنصوص من دون عوض]

-ما ذکر من أنه لا یجوز المسابقه بغیر ما تقدم من الطیور الی آخره.

أقول:أما الکلام فی الطیور موضع وفاق عندنا،و فیه تأیید لما قدمنا ذکره من عدم المسابقه علی الفیله و البغال و الحمیر،لأنها لیست مما یقع الحرب علیها، کما قدمنا ذکره.

و أما السبق علی القدم فقد روی العامه عن عائشه أنه(صلی الله علیه و آله و سلم) سابقها بالقدم مرتین،سبق فی إحدیهما و سبق فی الأخری،و رواه ابن الجنید فی کتابه الأحمدی و استدل به علی جوازها بغیر عوض،حیث لم یذکر العوض،

و رووا عنه (1)(صلی الله علیه و آله و سلم)

أنه صارع ثلاث مرات فی کل مره علی



---

1- 1) المستدرک ج 2 ص 517 الباب 4 ح 2 بتفاوت.

شاه،فصرع خصمه فی الثلاث و أخذ ثلاث شیاه». و لم یثبت شیء من ذلک فی أخبارنا و لم یقل به إلا ابن الجنید من أصحابنا قالوا و الخبر السابق المتفق علیه یدفعه، و أشاروا به الی الخبر الحادی عشر (۱)و هو خبر الحصر فی الثلاثه،ثم انهم اختلفوا فی جواز هذه الأمور لو خلت من العوض،فقیل بجوازها لأصاله الجواز،و أنها قد یراد بها غرض صحیح،و قیل:بالعدم لعموم النفی السابق الشامل للعوض و عدمه.

و الذی وقفت علیه فی هذا المقام من الأخبار ما رواه

الصدوق فی الأمالی عن ابن المتوکل عن السعدآبادی عن البرقی عن أبیه عن فضاله عن زید الشحام (۲)

«عن الصادق عن آبائه علیهم السلام قال:دخل النبی(صلی الله علیه و آله و سلم)ذات لیله بیت فاطمه علیها السلام و معه الحسن و الحسین علیهما السلام فقال له النبی(صلی الله علیه و آله و سلم)قوما فاصطرعا فقاما لیصطرعا و قد خرجت فاطمه علیها السلام فی بعض حاجاتها فدخلت فسمعت النبی(صلی الله علیه و آله و سلم)و هو یقول:أبه یا حسن شد علی الحسین،فأصرعه،فقالت یا أبه وا عجباه أ تشجع الکبیر علی الصغیر؟فقال:یا بنیه أما ترضین أن أقول أنا یا حسن شد علی الحسین،فأصرعه و هذا حبیبی جبرئیل علیه السلام یقول:یا حسین شد علی الحسن فأصرعه».

و ما رواه

علی بن جعفر (۳)فی کتاب المسائل عن أخیه موسی علیه السلام قال:

سألته عن المحرم هل یصلح أن یصارع؟قال:لا یصلح مخافه أن یصیبه جرح أو یقع بعض شعره.

و ما رواه

فی کتاب بشاره المصطفی لشیعه المرتضی للشیخ الفقیه محمد بن أبی القاسم علی الطبری بسنده فیه عن أبی رافع (۴)قال:

کنت ألاعب الحسن



---

۱- ۱) ص ۳۵۶.
۲- ۲) المستدرک ج ۲ ص ۵۱۷ الباب ۴ ح ۱.
۳- ۳) الکافی ج ۴ ص ۳۶۷ ح ۱۰،الوسائل ج ۹ ص ۱۸۰ الباب ۹۴ ح ۲.
۴- ۴) المستدرک ج ۲ ص ۵۱۷ الباب ۴ ح ۳.

بن علی(صلوات الله علیهما)و هو صبی بالمداحی (۱)فإذا أصابت مدحاته مدحاتی قلت:احملنی فیقول:ویحک أ ترکب ظهرا حمله رسول الله(صلی الله علیه و آله و سلم)فأترکه فإذا أصاب مدحاته مدحاتی،قلت له:لا أحملک کما لم تحملنی فقال:أما ترضی أن تحمل بدنا حمله رسول الله(صلی الله علیه و آله و سلم)فأحمله».

و هذه الأخبار کما تری ظاهره فی الجواز فیما اختلفوا فیه،و لم أقف فیما حضرنی من کتب اللغه علی المعنی المراد من المدحاه هنا،و بعض الأصحاب قد فرع الکلام علی لفظ السبق فی الخبر الحادی عشر،فان قرئ بفتح الباء و هو المشهور فی الروایه علی ما نقله فی المسالک فإنه یفید عدم مشروعیه العوض إلا فی الثلاثه المذکوره،و لا تعرض فی الخبر حینئذ لما عدا صوره الخطر و العوض، فیبقی علی أصاله الجواز،و ان قرئ بالسکون علی أن یکون مصدرا فإنه یفید نفی المصدر مطلقا،فیدل علی المنع عدا المستثنی مطلقا.

و أنت خبیر،بأنه باعتبار تعارض الاحتمالین المذکورین لا یمکن الاستدلال بالخبر علی المنع،فتبقی أصاله الجواز خالیه من المعارض،و تخرج الأخبار المذکوره شاهدا علی ذلک،مضافا الی ما ذکر من الفوائد المترتبه علیها.

## المورد الثالث:فی أسماء خیل الحلبه و أسماء السهام و ما یتبع ذلک و یلحق به

### اشاره

،و الکلام هنا یقع فی مواضع أیضا:

### الأول [وجه التسمیه]

-ینبغی أن یعلم ان الحلبه وزان سجده هی الخیل تجمع للسباق و قد جرت عادتهم بتسمیه غیره من خیل الحلبه،و لیس لما بعد العاشر منها اسم، إلا أن الذی یجیء فی آخر الخیل کلها یسمی الفسکل.

فأول العشره،المجلی بالجیم و هو السابق أولا قیل سمی بذلک لأنه جلی عن



---

۱- ۱) النهایه الأثیریه ج ۲ ص ۱۰۶ و منه حدیث أبی رافع«کنت الاعب الحسن و الحسین(علیهما السلام)بالمداحی و هی أحجار أمثال القرصه،کانوا یحفرون حفیره و یدحون فیها بتلک الأحجار،فإن وقع الحجر فیها قد غلب صاحبها،و ان لم یقع غلب، و الدحو:رمی اللاعب بالحجر و الجوز و غیره.

نفسه أی أظهره أو جلی همه حیث سبق،و المشهور أن السبق یحصل بالتقدم بعنق دابته،و کتدها یفتح التاء المثناه من فوق و کسرها،و هی العالی بین أصل العنق و الظهر،و یعبر عنه بالکاهل،و قال فی الروضه:و الکتد بفتح الفوقانیه أشهر من کسرها مجمع الکتفین بین أصل العنق و الظهر،نقل عن ابن الجنید أنه یکتفی فی التقدم بالاذن

لقوله (۱)(صلی الله علیه و آله و سلم)

«بعثت و الساعه کفرسی رهان». کاد أحدهما أن یسبق الآخر بأذنه،و أجیب مع تسلیم ثبوت الخبر بالحمل علی المبالغه، و أن ذلک خرج مخرج ضرب المثل علی حد

قوله

من بنی مسجدا و لو کمفحص قطاه بنی الله له بیتا فی الجنه، (۲). مع امتناع مسجد کذلک.

ثم المصلی،و سمی بذلک لأنه یحاذی برأسه صلوی المسابق،و الصلوان عباره عن العظمین النابتین عن یمین الذنب و شماله.

ثم الثالث،و وجه التسمیه فیه ظاهر،ثم البارع لأنه برع المتأخر عنه، أی فاقه،ثم المرتاح،و هو الخامس قیل:سمی به لأن الاتاح النشاط،فکأنه نشط فلحق بالسوابق،ثم الخطی و هو السادس لانه خطی عند صاحبه حتی لحق السوابق أی صار ذا خطوه عنده الی نصیب أو فی مال الرهان،ثم العاطف و هو السابع،لأنه عطف الی السوابق أی مال إلیها،و کر علیها لیلحقها،ثم المؤمل و هو الثامن لأنه یؤمل اللحوق بالسوابق،ثم اللطیم و هو التاسع،و زان فعیل بمعنی مفعول، لأنه یلطم إذا أراد الدخول إلی الحجره الجامعه للسوابق،ثم السکیت مصغرا مخففا،و یجوز تشدیده،و هو العاشر سمی به لسکوت صاحبه إذا قیل لمن هذا أو لانقطاع العدد،و قیل:ان السکیت هو الفسکل و هو آخر فرس یجیء فی الرهان.

قالوا:و المحلل و هو الذی یدخل بین المتراهنین،و لا یبذل معهما عوضا بل

ص:۳۶۷

---

۱- ۱) مسند احمد بن حنبل ج ۵ ص ۳۳۱ و فیه مثلی و مثل الساعه کمثل فرسی رهان و فی الجامع الصغیر ج ۱ ص ۱۲۶«بعثت أنا و الساعه کهاتین»و ما عثرنا علی نص الروایه المنقوله فی المتن.
۲- ۲) الوسائل ج ۲ ص ۴۸۶ ح ۲.

یجری فرسه بینهما أو علی أحد الجانبین علی وجه یتناوله العقد،و حکمه أنه ان سبق أخذ العوض المبذول للسابق،و ان سبق لم یغرم شیئا،و سمی محللا لأن العقد لا یحل بدونه عند ابن الجنید و الشافعی،أو یحل به إجماعا بخلاف ما إذا خلی عنه، فان فیه خلافا،و سیأتی الکلام فیه،ان شاء اللّه تعالی.

قالوا:و الغایه مدی السباق،و لا ریب أن غایه الشیء منتهاه،و مد السباق و ان کان المتبادر منه مسافه السباق التی تجری فیها الخیل إلا أن المراد به لغه و عرفا انما هو بمعنی الغایه کما ذکروه،فالمراد من مد السباق منتهاه و غایته، لا مسافته،فان فی القاموس المدی کالفتی الغایه،و قال فی کتاب المصباح المنیر:

و المدی بفتحتین الغایه،و بلغ مدی البصر:أی منتهاه و غایته.

ثم اعلم أنه قد عنون أکثرهم هذا الکتاب بکتاب السبق و الرمایه،و منهم المحقق فی الشرائع،و هو ظاهر فی اختصاص السبق بالخیل و الإبل،و الرمایه بالسهام،مع أنه قال بعد ذلک و المناضله المسابقه،و المراماه و المناضله لغه انما هی الرمی،قال الجوهری:ناضله أی راماه،و یقال:ناضلت فلانا فنضلته،إذا غلبته،و انتضل القوم و تناضلوا أی رموا للسبق.

و قال فی کتاب المصباح المنیر:«ناضلته مناضله و نضالا- رامیته،فنضلته نضلا من باب قتل غلبته فی الرمی»،و هو ظاهر فی تخصیص المناضله بالرمی،و لهذا قال فی المسالک:و أما إطلاق المناضله علی ما یشمل المسابقه فلیس بمعروف لغه و لا عرفا،و لعل المصنف و من تبعه فی ذلک تجوزوا فی الإطلاق،و بعض الفقهاء عنون الکتاب بالمسابقه و المناضله،و هو الموافق لما نقلناه عن أهل اللغه،و یشیر الی ذلک کلامه فی التذکره حیث قال:و السباق اسم یشمل المسابقه بالخیل حقیقه و علی المسابقه بالرمی مجازا،و لکل واحد منهما اسم خاص،فیختص الخیل بالرهان و یختص الرمی بالنضال،و هو ظاهر فی أن المناضله حقیقه انما هی بمعنی الرمی.

### الثانی [فی بیان الاصطلاحات فی أسماء السهام]

-اعلم أن الفقهاء من الخاصه و العامه ذکروا فی هذا الکتاب جمله

من الاصطلاحات فی أسماء السهام،و ما یتعلق بالرمی و هو مؤید لما قدمناه من أن المراد بالنصل فی الخبر المتقدم إنما هو هذا الفرد،لا ما یطلق علیه لغه کما ذکروه.

قالوا:و الرشق بفتح الراء الرمی،و هو مصدر رشقه یرشقه رشقا،إذا رماه بالسهام،و بالکسر عدد ما یرمی به من السهام،یقال:رمی رشقا بکسر الراء أی رمی بسهامه التی یرید رمیها کلها.

قال فی المصباح المنیر:رشقته بالسهم رشقا من باب قتل،و أرشقته بالألف لغه رمیته به،و الرشق بالکسر الوجه من الرمی إذا رمی القوم بأجمعهم جمیع السهام و حینئذ یقال:رمی القوم رشقا،قال ابن درید:الرشق السهام نفسها التی ترمی و الجمع ارشاق مثل حمل و أحمال،انتهی.

و لو حصل الاتفاق علی رمی خمسه خمسه فکل خمسه یقال لها رشق، و نقل عن بعض أهل اللغه أنه خصه ما بین العشرین و الثلاثین،و یقال رشق وجه و ید بکسر الراء،و یراد به الرمی ولاء حتی یفرغ الرشق،قال فی المسالک:بمعنی أنه مشترک بین العدد الذی یتفقان علیه،و بین الوجه من الرمی لذلک العدد، فکما یقال:رموا رشقا أو عددا اتفقوا علیه،کذلک یقال:رموا رشقا إذا رموا بأجمعهم فی جهه واحده.

قال الجوهری:الرشق الاسم،و هو الوجه من الرمی،فإذا رمی القوم بأجمعهم فی جهه واحده قالوا:رمینا رشقا،و المراد برشق الید هذا المعنی أیضا، و إضافته إلی الید،کاضافته الی الوجه،فیقال:رشق ید و رشق وجه إذا کانت جهه الرمی واحده،و یمکن مع ذلک إضافته إلیهما کما یظهر من کلامهم.

### الثالث [فی بیان أوصاف السهم عند الإصابه للغرض]

### اشاره

-قد ذکر الفقهاء للسهم عند الإصابه للغرض أو صافا فنقل عن التذکره أنه ذکر فیها أحد عشر اسما:و فی التحریر سته عشر اسما،و نقل فی المسالک عن کتاب فقه اللغه تسعه عشر اسما،و ذکر المحقق فی الشرائع منها سته، لکن ذکر الخمسه الأول جازما بالتسمیه،و أما السادس فنسبه إلی القول بذلک

فقال:و يقال المزدلف،و فی المسالک أنه ذکر سته أوصاف و أردفها بسابع،و المذکور انما هو خمسه،کما سنذکره ان شاء الله تعالی واحدا واحدا و أردفها بسادس.

قال فی المسالک:و الغرض من ذلک اعتبار صفه فی عقد الرمایه،فلا یستحق العوض المشروط أن یصیبه بما هو أبلغ منه.

أقول:و مما ذکره المحقق المشار الیه من الأسماء

### أحدها-الحابی

بالیاء أخیرا،قال فی کتاب المصباح:حبا الصبی یحبو حبوا إذا أدرج علی بطنه و حبا الشیء دنا،و منه حبا السهم الی الغرض و هو الذی یزحف الأرض ثم یصیب الهدف فهو حاب و سهام حواب،انتهی.

و المراد أنه یقع دون الهدف ثم یحبو الی الغرض فیصیبه،و قوله زلج علی علی الأرض أی زلق قال فی القاموس الزلج محرکه الزلق و یسکن،و فی الصحاح مکان زلج بسکون اللام و تحریکها أی زلق و الزلج الزلق و سهم زالج أی یزلج عن القوس.

### و ثانیها-الخاصر

بالخاء المعجمه ثم الصاد المهمله،و هو الذی یصیب أحد جانبی الغرض،مأخوذ من الخاصره،لأنها فی أحد جانبی الإنسان،فهو بإصابته أحد جانبی الغرض کأنه أصابه فی الخاصره،و لم أقف فیما حضرنی من کتب اللغه علی هذه التسمیه،سیما القاموس المحیط بجمیع المعانی،و ان کانت موجوده فی کتب الفقهاء،قیل و یسمی أیضا جابرا،و قیل:الجابر ما سقط من وراء الهدف، و قیل:ما وقع فی الهدف من أحد جانبی الغرض،فعلی هذا ان کانت الإصابه مشروطه فی الغرض فالجابر مخطئ،و ان کانت مشروطه فی الهدف فهو مصیب.

أقول:و لم أقف أیضا علی هذا الاسم أی نحو کان من هذه المعانی فی القاموس و لا غیره مما حضرنی من کتب اللغه.

### و ثالثها-الخازق

بالخاء و الزای المعجمتین،قالوا:و هو ما یخدش الغرض، و ظاهره أنه یثقب فیه،و بذلک صرح فی القواعد فقال:الخازق ما خدشه،ثم

وقع بين يـديه،و فى التحرير أنه ما خـدشه و لم يثقبه،الا أن كلام أهل اللغه على خلاف ذلك فإنهم صـرحوا بأنه الـذى ينفـذ فى الغرض،قـال فى كتـاب المصـباح المنير و خزق السـهم القرطـاس:نفـذ منـه فهـو خـازق،و جمعـه خـوازق،و المراد بالقرطـاس هنا الغرض،أعم من أن يكون قرطاسا أو غيره،مما ستقف عليه ان شاء الله تعالى.

و فى النهايه الأثيريه خزق السهم،و خسق:إذا أصاب الرميه و نفذ فيها، و سهم خازق و خاسق.

و ظاهر الصـحاح و القـاموس هـو مجرد الإصـابه،و هـو أعـم الأقوال الثلاثه،قـال فى الصـحاح فى بـاب السـين يسـمى الغرض قرطاسـا،يقـال:رمى مقرطس إذا أصـابه، و فى القـاموس خزقه يخزقه طعنه،و الخـازق السـنان،و من السـهام المقرطس، و قـال فى الصـحاح أيضـا الخـازق من السـهام المقرطس،و الخاسق لغه فى الخازق،و هو موافق لما تقـدم نقله من النهايه من ترادف هـذين اللفظين،و نقل فى المسالك عن الثعالبى فى كتاب سـر العربيه إذا أصاب الهـدف فهو مقرطس،و خازق،و خاسق و صائب و هذا أيضا أعم من أن يخدشه أم لا،و يثبت فيه أم لا،و هو موافق لما تقدم نقله عن الصحاح و القاموس.

**و رابعها-الخارق**

بالخاء المعجمه و الراء المهمله،و هو الذى يخرج من الغرض نافذا و هذا المعنى موافق لما هو المفهوم من حاق هذا اللفظ عرفا و لغه، لأن الخرق الثقوب و الشق،سواء نفـذ فيه أو سـقط منه،الا أن هـذا الاسم غير موجود فى جمله الأسـماء المعدوده للسـهام فى غير هـذا الكلام،كمـا اعترف به فى المسالـك حيث قال بعـد ذكر المصـنف له و كلام فى البين:لكنه ليس من أسـمائه لغه و لم يـذكره أحـد من أصـحاب الكتب الأربعه اللغويه السـابقه،و لا غيرهـم ممن وقفت على كلامه،و فى بعض نسـخ الكتاب المارق بالميم بـدل الخارق،و هو الصواب الموافق لكلام أهل اللغه لقبا و تعريفا و فى التحرير جعل الخارق بمعنى الخاسق،و قـد تقدم و جعل الخازق بالزاى المعجمه مغايرا له كما مر خلاف ما

ص :٣٧١

ذکره أهل اللغه،و لو حمل فی کلامه الخارق بالراء المهمله علی الخازق بالزاء المعجمه لیکون مرادفا للخاسق کان موافقا لکلام أهل اللغه،لکن ذکره بعد، ذلک الخازق و تعریفه بأنه ما خدشه و لم یثقبه،یوجب تعیین کونه بالزاء المعجمه لا ـ الراء إذ لم یحصل فیما ذکره خرق،و الذی یظهر أنه وقع فی التحریر ضرب من التصحیف و السهو عن تحریر کلام أهل اللغه،لأن جعله الخازق مرادفا للخاسق موافق لکلام أهل اللغه،لکن بشرط کونه بالزاء المعجمه،ثم لما ذکر الخازق بعد ذلک کان حقه أن یکون بالمهمله فعرفه بما ینافی ذلک،و یوافق تعریف المصنف فی الخازق بالمعجمه،فوقع الاضطراب،و فی التذکره جعل الخارق ما أثر فیه و لم یثبت،و الخاسق ما ثقبه و ثبت فیه،کما ذکره المصنف هنا فی الخازق بالمعجمه، فجعلهما متغایرین،و لم یتحقق منه ضبط الراء،و لا ذکر الأمرین،فالالتباس فیه أشد لأنه ان جعل بالراء وافق کلام التحریر و خالف مفهومه لغه،و ان جعل بالزاء وافق کلامه فی القواعد،و کلام المصنف هنا،و خالف کلامه أهل اللغه، انتهی کلامه(زید مقامه).

**و خامسها-الخارم**

بالخاء المعجمه و هو الذی یخرم حاشیه الغرض بأن یصیب طرفه فلا یثقبه و لکن یخرمه.

قال فی المسالک أیضا:و هذا الاسم لم یذکره أیضا أهل اللغه،و ان کان مناسبا له،و قد ذکروا للسهم أسماء أخر غیر ما ذکر،فترکنا ذکرها تبعا لاختصاره،هذا ما ذکره المحقق فی الشرائع.

ثم قال:و یقال المزدلف الذی یضرب الأرض،ثم یثیب الی الغرض،و نسبته الی القول المجهول-و عدم نظمه فی سلک الخمسه المتقدمه-یؤذن بنوع توقف فیه، و هذا هو السادس الذی أشرنا إلیه آنفا،و بذلک یظهر لک ما فی کلام شیخنا فی المسالک الذی قدمنا ذکره،من أن المصنف ذکر هنا سته،و أردفها بسابع،بل المذکور فیه انما هو خمسه،مردفه بالسادس کما ذکرناه،و أصل الازدلاف

التقـدم،و خصه هنـا بمـا يقـع على الأـرض ثم يتقـدم الى الغرض،و على هـذا يكون مرادفـا للحـابى،و بـذلك صـرح فى القواعد أيضا،فقال بعد تعريف الحابى:و هو المزدلف،إلا أن المفهوم من كلام المحقق حيث ذكر الحابى أولا جازما به، و ذكر المزدلف أخيرا ناسبا له الى قيـل:هو المغايره،و لعل ذلك بقوه الوقوع على الأرض فى المزدلف أخيرا ناسبا له الى قيل:هو المغايره،و لعل ذلـك بقوه الوقوع على الأـرض فى المزدلف للتعبير عنه بالضـرب المقتضـى لقوه اعتماده،و ضـعفه فى الحابى حيث اقتصـر على مجرد زلفه على الأـرض،و بـذلك يحصـل التبـاين،و هو الظاهر من التـذكره على ما نقل فيها حيث قال:فيها ان المزدلف أشـد،و الحابى أضعف.

## الرابع [فى تفسير الغرض و الهدف]

-قـال:الغرض مـا يقصـد اصـابته و هو الرقعه و الهـدف ما يجعل فيه الغرض من تراب و غيره،و ذلك فإنهم يرتبون ترابا أو حائطا ينصب فيه الغرض فيسـمون ذلك التراب أو الحائط هدفا و ما يصنعونه فيه من جلد أو قرطاس أو نحو ذلك لأجل الرمى يسمونه غرضا،و بعضـهم كما عرفت آنفا يسـمى المنصوب فى الهـدف قرطاسا،سواء كان كاغذا أو غيره،و هو ظاهر فى مرادفه الغرض و القرطاس،و قد تقدم نقل ذلك عن المصباح المنير و الصحاح.

و قد يجعل فى الغرض نقش كالهلال يقال له الدائره،و فى وسطها شيء آخر يقال له الخاتم،و الغرض من بيان الغرض و الهدف و الـدائره هو أن كلا من هـذه الأشـياء المـذكوره محل للإصابه،و ربما كان شـرط الإصابه و غرضـها يتعلق بكل واحـد من هـذه المـذكورات،فان الإصابه فى الهـدف أو فى الـدائره أضـيق،و فى الخاتم أدق،و هـذه المـذكورات اصـطلاح الرماه،و عليها جرى الفقهـاء فى هــذا الكتـاب و أمـا المــذكور فى اللغـه فـإنه ظـاهر فى المرادفـه بيـن الغرض و الهــدف،قـال فى كتـاب المصــباح المنير:الغرض:الهدف الذى يرمى اليه،و الجمع أغراض و قال فى القاموس:

الغرض محركه الهدف يرمى فيه،و فى الصـحاح:الغرض:الهدف الذى يرمى فيه، ثم انهم قالوا:المراماه قسـمان مبادره و محاطه،و المراد من المبادره أن يتفقا على رمى عدد معين كعشرين سهما مثلا،فمن بدر إلى إصابه عدد معين منها كخمسه،

فهو ناضل،لمن لم يصيب أو أصاب ما دونه،و المراد من المحاطه بتشديد الطاء أن يقابل أصابتهما من العدد المشترطه و يطرح المشترك من الإصابات:فمن زاد فيها بعدد معين كخمسه مثلا فناضل للآخر فيستحق المال المشروط فى العقد.

أقول:و الظاهر أن هذا أيضا من اصطلاح الرماه،و عليه جرى الفقهاء،فإنه لا وجود له فى كلام أهل اللغه،و لا فى الأخبار التى قدمناها،و لو بالإشاره،و حيث أن جميع ما ذكر فى هذا الكتاب زياده على ما قدمناه كله من هذا القبيل،فليس فى ذكره إلا مجرد التطويل،رأينا الاعراض عن التعرض له،أوفق بالوقوف على الدليل،و الاشتغال بما هو أهم أولى و أتم،سيما مع ندور وقوع المسابقه و المراماه فى هذه الأوقات،بل عدمها لعدم ما يترتب عليها من الفائده فى جمله الأزمان و الإناث و نحن قد ذكرنا منها ما يتعلق بالأخبار التى قدمناها فى المقام،و ما عداه مما لا نص عليه فهو عندنا فى قالب الاعدام،و الله الهادى لمن يشاء.

## كتاب الوصايا

### اشاره

و هو جمع وصيه و اشتقاقها اما من وصى يصى أو أوصى يوصى أو وصى بالتشديد يوصى.

قال فى كتاب المصباح المنير:وصيت الشىء بالشىء أصيه من باب وعد و صلته، و وصيت الى فلان توصيه و أوصيت إليه إيصاء و فى السبعه «فَمَنْ خٰافَ مِنْ مُوصٍ» بالتخفيف و التثقيل و الاسم الوصايه بالكسر و الفتح لغه،انتهى.

و اختار ابن إدريس المعنى الأول فقال الوصيه مشتقه من وصى يصى،و هو الوصل قال الشاعر:«ذو الرمه تصى الليل بالأيام حتى صلاتنا مقاسمه لسبق اتصافها السفر»ثم قال:و يقال منه أوصى يوصى،و وصى يوصى توصيه،و نقل عن المحقق الشيخ على(رحمه الله عليه)اختيار الثانى،و على هذا فتسميه هذا التصرف وصيه لما فيه من وصله التصرف فى حال الحياه به بعد الوفاه،هذا على المعنى الأول، و على الأخيرين فالوصيه بمعنى العهد،يعنى أنه عهد اليه بتلك الأمور الموصى بها، فإن الوصيه لغه بمعنى العهد،و الأصل فيها الكتاب كما دلت عليه جمله من آياته و السنه،و الإجماع من الأمه.

## [فى الأخبار الوارده فى الحث على الوصيه]

### اشاره

و لنقدم فى صدر الكتاب كما هى عادتنا فيما تقدم من الكتب و الأبواب جمله

من الأخبار الوارده فی الوصیه،و ما اشتملت علیه من الحث علیها،المؤذن بالوجوب أو الاستحباب المؤکد.

فروی المشایخ الثلاثه عن الکنانی (۱)

«عن أبی عبد الله علیه السلام قال:الوصیه حق علی کل مسلم».

و روی فی التهذیب عن الشحام (۲)قال:

«سألت أبا عبد الله علیه السلام عن الوصیه، فقال:هی حق علی کل مسلم».

و روی فی الفقیه و التهذیب عن محمد بن مسلم (۳)فی الصحیح قال:

«قال أبو جعفر علیه السلام الوصیه حق،و قد أوصی رسول الله(صلی الله علیه و آله و سلم) فینبغی للمسلم أن یوصی».

و روی فی الکافی و التهذیب عن حماد بن عثمان (۴)فی الصحیح أو الحسن

«عن أبی عبد الله علیه السلام قال:قال له رجل:انی خرجت إلی مکه فصحبنی رجل و کان زمیلی،فلما أن کان فی بعض الطریق مرض و ثقل ثقلا شدیدا فکنت أقوم علیه ثم أفاق حتی لم یکن عندی به بأس،فلما أن کان الیوم الذی مات فیه أفاق فمات فی ذلک الیوم،فقال أبو عبد الله علیه السلام:ما من میت تحضره الوفاه إلا رد الله تعالی علیه من سمعه و بصره و عقله للوصیه،أخذ الوصیه أو ترک،و هی الراحه التی یقال لها راحه الموت،فهی حق علی مسلم».

و روی فی الکافی عن ولید بن صبیح (۵)قال:

«صحبنی مولی لأبی عبد الله علیه السلام یقال له«أعین»،فاشتکی أیاما ثم برء ثم مات فأخذت متاعه،و ما کان له فأتیت به أبا عبد الله علیه السلام و أخبرته أنه اشتکی أیاما ثم برء ثم مات،قال:تلک راحه



---

۱- ۱) الکافی ج ۷ ص ۳ ح ۴،التهذیب ج ۹ ص ۱۷۲ ح ۷۰۲،الفقیه ج ۴ ص ۱۳۴ ح ۴۶۲.

۲- ۲) التهذیب ج ۹ ص ۱۷۲ ح ۷۰۳.

۳- ۳) الفقیه ج ۴ ص ۱۳۴ ح ۴۶۳،لم نعثر فی التهذیب عن هذه الروایه.

۴- ۴) الکافی ج ۷ ص ۳ ح ۵،التهذیب ج ۹ ص ۱۷۲ ح ۷۰۴.

۵- ۵) الکافی ج ۷ ص ۳ ح ۲. و هذه الروایات فی الوسائل ج ۱۳ ص ۳۵۱ ح ۲ و ص ۳۵۲ ح ۴ و ص ۳۵۱ ح ۱ و ص ۳۵۵ ح ۲.

الموت أما أنه ليس من أحد يموت حتى يرد الله تعالى من سمعه و بصره و عقله للوصيه أخذ أو ترك».

و روى المشايخ الثلاثه(عطر الله مراقدهم)عن سليمان بن جعفر (۱)قال فى الفقيه:

«و ليس الجعفرى»«عن أبى عبد الله عليه السلام قال:قال رسول الله(صلى الله عليه و آله و سلم):من لم يحسن وصيته عند الموت كان نقصا فى مروته و عقله،قيل:

يا رسول الله و كيف يوصى الميت؟قال:إذا حضرته الوفاه و اجتمع الناس اليه، قال:اللهم فاطر السموات و الأرض،عالم الغيب و الشهاده،الرحمن الرحيم، اللهم إنى أعهد إليك فى دار الدنيا أنى أشهد أن لا إله إلا أنت وحدك لا شريك لك و أن محمدا عبدك و رسولك،و أن الجنه حق،و النار حق،و أن البعث حق،و الحساب حق،و الصراط حق،و القبر حق،و الميزان حق،و أن الدين كما وصفت،و أن الإسلام كما شرعت،و أن القول كما حدثت،و أن القرآن كما أنزلت،و أنك أنت الله الحق المبين،جزى الله محمدا عنا خير الجزاء،و حيا الله محمدا و آل محمد بالسلام،اللّهمّ يا عدتى عند كربتى و يا صاحبى عند شدتى و يا وليى فى نعمتى، الهى و إله آبائى لا تكلنى الى نفسى طرفه عين أبدا فإنك إن تكلنى الى نفسى طرفه عين أقرب من الشر و أبعد من الخير،فآنس فى القبر وحشتى،و اجعل لى عهدا يوم ألقاك منشورا،ثم يوصى بحاجته و تصديق هذه الوصيه فى القرآن فى السوره التى تذكر فيها مريم فى قوله عز و جل (۲)«لاٰ يَمْلِكُونَ الشَّفٰاعَةَ إِلاّٰ مَنِ اتَّخَذَ عِنْدَ الرَّحْمٰنِ عَهْداً» فهذا عهد الميت،و الوصيه حق على كل مسلم،و حق عليه أن يحفظ هذه الوصيه و يعلمها،و قال أمير المؤمنين عليه السلام علمنيها رسول الله(صلى الله عليه و آله و سلم)و قال رسول الله(صلى الله عليه و آله و سلم):علمنيها جبرئيل عليه السلام».

و رواه السيد الزاهد العابد رضى الدين ابن طاوس فى كتاب فلاح السائل



---

۱- ۱) الفقيه ج ۴ ص ۱۳۸ ح ۴۸۲،الكافى ج ۷ ص ۲ ح ۱،التهذيب ج ۹ ص ۱۷۴ ح ۷۱۱،الوسائل ج ۱۳ ص ۳۵۳ الباب ۳ ح ۱.

۲- ۲) سوره مريم-الايه ۸۷.

كما نقله عنه فی البحار،و فیه بعد قوله «یوم ألقاک منشورا»فهذا عهد المیت یوم یوصی بحاجته،و الوصیه حق علی کل مسلم قال أبو عبد الله علیه السلام و تصدیق هذه فی سوره مریم علیه السلام قول الله تبارک و تعالی «لاٰ یَمْلِکُونَ الشَّفٰاعَهَ إِلاّٰ مَنِ اتَّخَذَ عِنْدَ الرَّحْمٰنِ عَهْداً» و هذا هو العهد،و قال النبی(صلی الله علیه و آله و سلم)لعلی علیه السلام تعلمها أنت و علمها أهل بیتک و شیعتک قال:و قال(صلی الله علیه و آله و سلم)و علمنیها جبرئیل.

و روی فی الفقیه عن العباس بن عامر عن أبان عن أبی بصیر (۱)

«عن أبی عبد الله علیه السلام قال:من لم یحسن عند الموت وصیته کان نقصا فی مروته و عقله، و قال:ان رسول الله(صلی الله علیه و آله و سلم)أوصی الی علی،و أوصی علی علیه السلام الی الحسن،و أوصی الحسن علیه السلام الی الحسین،و أوصی الحسین علیه السلام الی علی بن الحسین، و أوصی علی بن الحسین علیه السلام الی محمد بن علی الباقر علیه السلام».

و روی فی الفقیه و التهذیب عن أبی حمزه (۲)

«عن أحدهما علیهما السلام قال:ان الله تعالی یقول:یا ابن آدم تطولت علیک بثلاثه:سترت علیک ما لو علم به أهلک ما واروک،و أوسعت علیک ثم استقرضت منک فلم تقدم خیرا،و جعلت لک نظره عند موتک فی ثلثک فلم تقدم خیرا».

و روی فی الفقیه و التهذیب عن عبد الله بن المغیره عن السکونی (۳)

«عن جعفر بن محمد عن أبیه عن علی علیهم السلام قال:قال علی علیه السلام:ما أبالی أضررت «بولدی»أو سرقتهم ذلک المال»کذا فی الفقیه و فی التهذیب قال«أضررت بورثتی» عوض ولدی.

و روی فی التهذیب و الفقیه عن السکونی (۴)

«عن جعفر بن محمد عن



---

۱- ۱) الفقیه ج ۴ ص ۱۳۴ ح ۴۶۷.الوسائل ج ۱۳ ص ۳۵۷ ح ۱.

۲- ۲) الفقیه ج ۴ ص ۱۳۳ ح ۴۶۱ و فیه«بثلاث»،التهذیب ج ۹ ص ۱۷۵ ح ۷۱۲.الوسائل ج ۱۳ ص ۳۵۶ ح ۴.

۳- ۳) الفقیه ج ۴ ص ۱۳۵ ح ۴۶۹ و ص ۱۳۴ ح ۴۶۶،التهذیب ج ۹ ص ۱۷۴ ح ۷۱۰ و ۷۰۸.الوسائل ج ۱۳ ص ۳۵۶ ح ۱.

۴- ۴) الفقیه ج ۴ ص ۱۳۵ ح ۴۶۹ و ص ۱۳۴ ح ۴۶۶،التهذیب ج ۹ ص ۱۷۴ ح ۷۱۰ و ۷۰۸.الوسائل ج ۱۳ ص ۳۵۵ ح ۳.

أبی جعفر علیهما السلام قال:من لم یوص عند موته لذوی قرابته ممن لا یرثه فقد ختم عمله بمعصیته».

و روی فی المقنعه (۱)مرسلا قال:

«قال رسول الله(صلی الله علیه و آله و سلم):

الوصیه حق علی کل مسلم.

قال:و قال علیه السلام

ما ینبغی لامرء مسلم أن یبیت لیله إلا و وصیته تحت رأسه»،.

و

«قال علیه السلام:من مات بغیر وصیه مات میته جاهلیه».

و روی الشیخ فی کتاب المصباح (۲)قال:

«و روی أنه لا ینبغی أن یبیت إلا و وصیته تحت رأسه».

و روی فی الفقیه و التهذیب عن مسعده بن صدقه (۳)

«عن جعفر بن محمد عن أبیه علیهما السلام قال:قال علی علیه السلام الوصیه تمام ما نقص من الزکاه».

و روی فی الکافی عن محمد بن یحیی (۴)رفعه عنهم علیهما السلام قال:

«من أوصی بالثلث احتسب له من زکاته».

و قال فی کتاب الفقه الرضوی (۵)،

و اعلم أن الوصیه حق واجب علی کل مسلم،و یستحب أن یوصی الرجل لقرابته ممن لا یرث شیئا من ماله قل أو کثر و ان لم یفعل فقد ختم عمله بمعصیته.

### [فوائد فی هذه الأخبار]

#### اشاره

أقول:و فی هذه الأخبار الشریفه فوائد یحسن التنبیه علیها،و التوجه إلیها.

**الأول**

-لا ـ ريب فی وجوب الوصیه علی من کان مشغول الذمه بواجب من دین أو حج أو زکاه أو خمس أو نحو ذلک من الحقوق الواجبه،و یمکن أن تحمل الأخبار الداله علی أن الوصیه حق علی کل مسلم،لا شعارها بالوجوب علی ذلک، فیجب تخصیصها بما ذکرناه من الأفراد،و یمکن حملها علی تأکد الاستحباب



---

١- ١) الوسائل ج ١٣ ص ٣٥٢ ح ۶.

٢- ٢) الوسائل ج ١٣ ص ٣٥٢ ح ۵.

٣- ٣) التهذیب ج ٩ ص ١٧٣ ح ٧٠۶،الفقیه ج ۴ ص ١٣۴ ح ۴۶۴.الوسائل ج ١٣ ص ٣۵٣ الباب ٢ ح ١.

۴- ۴) الکافی ج ٧ ص ۵٨ ح ۴.الوسائل ج ١٣ ص ٣۵٣ الباب ٢ ح ٣.

۵- ۵) المستدرک ج ٢ ص ۵٢٠ ح ۵.

فتخص بغیر ما ذکرناه من الأمور المستحبه.

### الثانی

-المستفاد من الخبرین الأخیرین من أنه ان کان فی ذمته زکاه واجبه و أوصی بالثلث أو بعضه للفقراء أو فی سائر أبواب البر فإنه یحسب له عما فی ذمته من الزکاه الواجبه من حیث لا یشعر،و هو من التفضل الإلهی،و له نظائر کثیره مر التنبیه علیها من أن الفعل إذا صادف الواقع فی حد ذاته و ان لم ینوه صاحبه فإنه یجزی عنه.

### الثالث

-ظاهر حدیث السکونی المروی فی الفقیه استحباب الوصیه لذوی القرابه ممن لیس له حظ فی میراثه استحبابا مؤکدا،و انما حملناه علی الاستحباب و ان کان ظاهره الوجوب،لما رواه

العیاشی عن أبی بصیر (۱)فی الصحیح عن أحدهما علیهما السلام فی قوله تعالی

(۲)

«کُتِبَ عَلَیْکُمْ إِذٰا حَضَرَ أَحَدَکُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَکَ خَیْراً الْوَصِیَّهُ لِلْوٰالِدَیْنِ وَ الْأَقْرَبِینَ» قال:منسوخه،نسختها آیه الفرائض التی هی المواریث،. و بالاستحباب صرح فی کتاب الفقه الرضوی،مع تصریحه فی آخر کلامه بأن ترک ذلک معصیه،و هو محمول علی المبالغه،و سیأتی ان شاء الله تعالی مزید تحقیق فی المقام.

### الرابع

-ما تضمنه

حدیث السکونی (۳)من قوله علیه السلام

«ما أبالی أضررت بولدی أو سرقتهم». و مثله ما رواه

الراوندی فی نوادره (۴)بإسناده

«عن موسی بن جعفر عن آبائه علیهم السلام قال:قال علی علیه السلام:ما أبالی أضررت بوارثی أو سرقت ذلک المال فتصدقت به». و ما رواه أیضا

فی الکتاب المذکور (۵)قال:

«قال النبی (صلی الله علیه و آله و سلم)من مات علی وصیه حسنه مات شهیدا و قال:من لم یحسن الوصیه عند موته کان ذلک

نقصانا فی عقله و مروته،و الوصیه حق علی کل

ص :۳۸۰

---

۱- ۱) الوسائل ج ۱۳ ص ۳۷۶ ح ۱۵،العیاشی ج ۱ ص ۷۷ ح ۱۶۷.

۲- ۲) سوره البقره-الایه ۱۸۰.

۳- ۳) التهذیب ج ۹ ص ۱۷۴ ح ۷۱۰،الوسائل ج ۱۳ ص ۳۵۶ ح ۱.

۴- ۴) المستدرک ج ۲ ص ۵۱۹ الباب ۴.

۵- ۵) المستدرک ج ۲ ص ۵۱۹ الباب ۵ ح ۲.

مسلم،قال:ان الرجل ليعمل بعمل أهل الجنه سبعين سنه،فيحيف فى وصيته فيختم له بعمل أهل الجنه،ثم قرأ و من يتعد حدود الله و قال:تلك حدود الله».

ان حمل على ظاهره من التحريم فالواجب تخصيصه بما زاد على الثلث،فإنه لا يجوز له شرعا،و هذا هو أوفق بظاهر الآيتين المذكورتين،و ان حمل على الكراهه المؤكده فإنهم(صلوات الله عليهم)كثيرا ما يبالغون فى النهى عن المكروهات بما يدخلها فى حيز المحرمات،و فى المستحبات بما يكاد يلحقها بالواجبات،فيجب حمله على من بر وارثا على آخر،و أن الأفضل المساواه بينهم،و سيأتى تمام الكلام فى هذا المقام ان شاء الله تعالى.

### الخامس

-ما تضمنته جمله من الأخبار المذكوره من أن من لم يحسن وصيته عند الموت كان نقصا فى مروته و عقله.

الظاهر حمله على ما هو أعم من الوصيه بالإقرار بالشهادتين،و جميع ما جاء به النبى(صلى الله عليه و آله و سلم)كما دل عليه خبر سليمان بن جعفر المتقدم و الإيصاء بماله و عليه،مما كان يتعلق به حال حياته،و يذبه بنفسه من أطفال صغار أو أمور يريد إنفاذها بعد موته،فإن الوصيه لغه العهد،يقال:أوصاه و وصاه عهد اليه،فيعد الى من يعمد عليه من أخوانه المؤمنين أن يتصرف فى أمواله بعد موته بما يقضى عنه ما وجب فى ذمته مما قدمنا ذكره،و ان كان له أولاد صغار قائما مقامه فى الولايه عليهم،و يستحب له كما عرفت أن يوصى لبعض أرحامه و أقرباؤه و أن يشهد على ذلک جماعه من إخوانه كما تقدم فى خبر سليمان المشار اليه على ايمانه و عقائده،و يعهد إليهم أن يشهدوا له به يوم القيامه،و يشهدهم على ما أوصى به من تلک الأمور الدنيويه مضافه إلى الأمور الأخرويه.

و الى بعض ما ذكرنا يشير ما رواه

فى الكافى عن مسعده بن صدقه (۱)

«عن أبى عبد الله عليه السلام قال:ان أجلت فى عمرک يومين فاجعل أحدهما لأدبک لتستعين به

ص:۳۸۱

---

۱- ۱) الوسائل ج ۱۳ ص ۳۵۷ ح ۳،روضه الكافى ص ۱۳۱ ح ۱۳۲.

على يوم موتک،قيل،و ما تلک الاستعانه قال تحسن تدبير ما تخلف،و تحكمه».

و لا ريب أن ترک هذه الأمور المشار إليها و عدم الوصيه بها موجب لما ذكروه عليهم السلام من نقصان المروه و العقل.

## السادس

-قال ابن إدريس فى كتاب السرائر بعد نقل الخبر المشتمل على قوله«ما أبالى أضررت بورثتى أو سرفتهم ذلک المال»ما ملخصه:سرفهم بالسين غير المعجمه و الراء غير المعجمه المكسوره و الفاء،و معناه أخطأتهم و أغفلتهم،لأن السرف الإغفال و الخطأ،و قد سرفت الشىء بالكسر إذا غفلته و جهلته،و حكى الأصمعى عن بعض الأعراب أنه و أعده أصحاب له فى المسجد مكانا فأخلفهم فقيل له فى ذلک فقال:مررت بكم فسرفتكم أى أخطأتكم و أغفلتكم الى أن قال:

هكذا نص عليه جماعه أهل اللغه ذكره الجوهرى فى كتاب الصحاح،و أبو عبيده الهروى،و أما من قال فى الحديث سرقتهم ذلک المال بالقاف فقد صحف،لأن سرق لا يتعدى الى مفعولين إلا بحرف الجر،يقال سرقت منهم مالا،و سرفت بالفاء يتعدى الى مفعولين بغير حرف الجر،فملخصه ذلک،انتهى.

أقول:فيه أن مرجع استدلاله لهم الى أن سرف يتعدى الى مفعولين بنفسه،و سرق لا يتعدى الى مفعولين إلا بحرف الجر،و هو فى الحديث قد عدى الى مفعولين،فيجب حمله على سرف بالفاء،و الا فمجرد ورود سرف بمعنى أخطائه و جهله لا يدل على ما ادعاه فإنه مسلم،و لكن لا يلزم حمل الحديث عليه.

و أنت خبير بأن ما استند اليه مما ذكره مردود،بأن الظاهر من كلام أهل اللغه أن سرف بالفاء انما يتعدى الى مفعول واحد أيضا،و هو ظاهر صدر كلامه، و ان ادعى فى آخره خلافه،فإن الحكايه التى نقلها عن الأصمعى إنما تضمنت تعديه الى مفعول واحد كما هو فى اللفظ الذى جعل بمعناه من قولهم أخطأتكم و أغفلتكم فان الجميع انما عدى فيه الى مفعول واحد،و كذلک قوله و قد سرفت الشىء بالكسر إذا أغفلته و جهلته،فإنه انما حكاه متعديا الى مفعول واحد،كاللفظين اللذين جعل بمعناهما.

قال فی القاموس:سرفه کفرح أغفله و جهله،و هو ظاهر أیضا فیما قلناه، علی أن ما ادعاه من أن سرق بالقاف لا یتعدی الی مفعولین بنفسه مردود بما ذکره فی کتاب المصباح المنیر،حیث قال:و سرق منه ما لا یتعدی الی الأول بنفسه، و بالحرف الجر علی الزیاده،و ظاهره کما تری أنه یقال سرقته مالا،و سرقت منه مالا،فیتعدی الی المفعول الأول تاره بنفسه،و تاره بالحرف علی الزیاده.

و بذلک یظهر لک ضعف ما تکلفه(قدس سره)علی أنه لا یخفی ما فی الحمل علی الفعل الذی ذهب الیه من الرکاکه،و ذلک فان الغرض من هذا الکلام و سیاقه فی المقام هو المبالغه فی المنع و الزجر عن الحیف فی الوصیه،و الإضرار بالولد أو الوارث،و المناسب لذلک انما هو لفظ سرق بالقاف،فان محصل الکلام أن الإضرار بهم فی الوصیه بمنزله سرقه ذلک من أموالهم المترتب علیه الإثم شرعا، و اشتغال الذمه بالمسروق حتی یرده الی صاحبه،و حینئذ فلا یجوز،و أما أخطأتهم و جهلتهم،فان مناسبته فیه للمبالغه فی الإضرار.

و بالجمله فإن کلامه(قدس سره)فی نظری بمحل من القصور،کما لا یخفی علی من لاحظ ما ذکرناه فی هذه السطور،و الله العالم.

و الکلام فی هذا الکتاب یقع فی مقاصد:

## المقصد الأول فی الوصیه:

### اشاره

و فیه مسائل

[المسأله] الاولی [فی تعریف الوصیه] :

قالوا:الوصیه تملیک عین أو منفعه،أو تسلیط علی التصرف بعد الوفاه،و المراد بالتسلیط المذکور هو أن یوصی الیه بإنفاذ وصایاه، و القیام بأطفاله و مجانینه و هی الوصایا،و ربما اقتصر بعضهم علی تملیک العین أو المنفعه و لم یذکر التسلیط علی التصرف،و منشأ ذلک أن بعضهم أدرج الوصایه التی هی عباره عن التسلیط المذکور فی الوصیه،فذکرها فی تعریف الوصیه،و بعضهم جعلها قسما آخر برأسها،و قسیما للوصیه،کالشهید فی الدروس،فإنه جعل لکل

من الوصيه و الوصايه كتابا على حده،و فى اللمعه قال بالأول،فعرفهما بما ذكرناه و المفهوم من كلام أكثر الأصحاب أن الوصيه عقد يفتقر إلى الإيجاب و القبول من الموصى اليه،ان كان معينا،و أما غيره كالفقراء مثلا فيقبل الحاكم الشرعى أو من ينصبه،و الظاهر فى الثانى كما استظهره جمع من المتأخرين منهم شيخنا الشهيد الثانى فى المسالك عدم التوقف على القبول،و قد تقدم مثله فى الوقف،ثم انه على تقدير وجوب القبول فى الأول فهل يكفى القبول الفعلى؟الظاهر كما اختاره جمع من الأصحاب من الاكتفاء بذلك،كالأخذ و التصرف فيه لنفسه،و قد تقدم مثله فى جمله من العقود المتقدمه.

و بذلك يظهر أن عده عقدا كما ذكروه لا يخلو من النظر،إذ مقتضى ذلك وجوب الإيجاب و القبول اللفظين،كما صرحوا به فى العقود،إلا أن يكون عقدا جائزا كما هو الظاهر،و يؤيده ما سيأتى-ان شاء الله تعالى-من جواز رجوع الموصى ما دام حيا،و الموصى له كذلك ما لم يقبل بعد الوفاه،و ما ذكرنا من اشتراط الإيجاب و القبول اللفظين إنما هو فى العقود اللازمه.

و كيف كان فظاهرهم ايضا أنه لا تشترط مقارنه القبول للإيجاب.قال فى المسالك:و هو موضع وفاق،و هو مما يؤيد كونه جائزا لا لازما،و الإيجاب لا ينحصر فى لفظ،بل كل لفظ يدل على مقصوده،كقوله أوصيت لفلان بكذا، أو أعطوا فلانا بعد وفاتى كذا،أو لفلان بعد وفاتى كذا،و انما جعل قيدا بعد وفاتى فى المثالين الأخيرين دون الأول،لأن قوله فى الأول أوصيت صريح فى أن العطيه انما هى بعد الوفاه،فلهذا لم يحتج الى قيد،بخلاف أعطوا فلانا أو لفلان فإنه يكون فى الأول مشتركا بين الوصيه و بين الأمر بالإعطاء فى حياته،و فى الثانى مشترك بينهما و بين الإقرار له بذلك،فلا بد من قيد يصرف الكلام إلى الوصيه، فزيد فيه قوله بعد وفاتى.

إذا عرفت ذلك،فاعلم أنى لم أقف فى الأخبار على ما يدل على وجوب

القبول،و ان كانت الوصيه لمعين،بل ربما ظهر من إطلاقها العدم،و أنه لا يتوقف على أزيد من الإيجاب بالألفاظ المذكوره،إلا أنه خلاف ما يفهم من عامه كلامهم.

و من الأخبار فى ذلک

صحيحه زراره (۱)

«عن أبى جعفر عليه السلام فى رجل أوصى بثلث ماله فى أعماله و أخواله،فقال:لأعمامه الثلثان و لأخواله الثلث».

و روى فى التهذيب عن عبد الرحمن بن أبى عبد الله (۲)قال:

«سألت أبا عبد الله عليه السلام عن امرأه قالت لأمها:إن كنت بعدى فجاريتى لک،فقضى أن ذلک جائز و ان كانت الابنه بعدها فهى جاريتها».

الى غير ذلک من الأخبار الكثيره الآتى-ان شاء الله تعالى-جمله منها، فإنها غير مشتمله إلا على الإيجاب خاصه،كما سيظهر ان شاء الله تعالى.

### المسئله الثانيه [فى وقت انتقال الموصى به إلى ملک الموصى له] :

قال الشيخ فى الخلاف:إذا أوصى له بشىء فإنه ينتقل الى ملک الموصى له،بوفاه الموصى،و قال فى المبسوط:إذا أوصى لرجل بشىء فإن ملكه لا يزول عن ذلک الشىء قبل وفاته بلا خلاف،و إذا مات الموصى متى ينتقل الملک الى الموصى له؟قيل:فيه قولان:أحدهما-ينتقل بشرطين،وفاه الموصى و قبول الموصى له،و إذا وجد الشرطان انتقل الملک عقيب القبول.

و القول الثانى-أنه يراعى ان قبل الوصيه تبين انه انتقل اليه الملک بوفاته، و ان لم يقبل تبين أن الملک انتقل إلى الورثه بوفاته.

و قيل:فيه قول ثالث-و هو أن الملک ينتقل الى الموصى له بوفاه الموصى مثل الميراث،و يدخل فى ملک الورثه بوفاته،فان قبل ذلک استقر ملكه عليه، و ان رد انتقل عنه الى ورثته،قال:و هذا قول ضعيف،لا يفرع عليه،بل على الأول ثم قال بعد ذلک:الأقوى أن يقال.ان الشىء الموصى به ينتقل الى ملک



---

۱- ۱) الكافى ج ۷ ص ۴۵ ح ۳،التهذيب ج ۹ ص ۲۱۴ ح ۸۴۵.الوسائل ج ۱۳ ص ۴۵۴ الباب ۶۲.
۲- ۲) التهذيب ج ۹ ص ۲۰۰ ح ۷۹۷.الوسائل ج ۱۳ ص ۳۷۵ ح ۱۱.

الموصی له بوفاه الموصی،و قد قیل:انه بشرطین بالموت و قبول الموصی له،و قیل أیضا انه یراعی،فان قبل علم أنه انتقل بالموت الیه،و ان رد علی أنه بـالموت انتقـل إلی الورثه،قـال:و علی ما قلناه لو أهل شوال ثم ذکر بعض الفروع الآتیه ان شاء الله تعالی فی المسئله،و نقل عن ابن الجنید ما یدل علی علل موافقته للشیخ فی الخلاف.

و قال ابن إدریس:الأقوی فی نفسـی أنه لا ینتقل بالموت،بل بانضمام القبول من الموصی له لا بمجرد الموت،و قال فی المختلف بعد نقل الأقوال المذکوره:

و المعتمـد أن نقـول الوصـیه ان کـانت لغیر معین،کـالفقراء و المسـاکین،و من لاـ یمکن حصـرهم کبنی هـاشم،أو علی مصـلحه کمســجد أو قنطره أو حــج أو مــدرسه أو غیر ذلــک لـم یفتقر الی قبــول،و لزمـت بمجرد المــوت لتعــذر اعتبــار القبـول من جمیعهم،فسـقط اعتباره کالوقف علیهم،و ان کانت لمعین افتقرت الی القبول،و لا یحصل الملک قبله، لأن القبول معتبر فتحصـیل الملـک له قبل قبول لا وجه له مع اعتباره،و لأنه تملیک عین لمعین،فلم یسـبق الملک القبول کسائر العقود،و لأن الموصـی له لو رد الوصـیه بطلت،و لو کـان قـد ملـک بمجرد الإیصـاء لم یزل الملک بالرد کما بعـد القبول،و لأن الملک فی الماضـی لا یجوز تعلیقه بشرط مستقبل،لامتناع تقدم المشروط علی شرطه،انتهی.

و قال فی المسالک:لا خلاف فی توقف ملک الوصـیه علی الإیجاب من الموصـی لأنه أحـد أرکان العقد الناقل للملک،أو تمام الرکن،حیث لاـ یعتبر القبول علی بعض الوجوه،و فی توقفه علی موته،لأـن متعلقهـا هو الملک،و ما فی معناه بعـد الموت فقبله لا ملک،و انما الخلاف فی أن قبول الموصـی له هل هو معتبر فی انتقال الملک الیه بالموت؟بمعنی کونه شـرطا فی الملک أو تمام السـبب المعتبر بـدونه أصـلا، و یعتبر فی الجمله أعم ممـا ذکر أو لا یعتبر أصـلا،بل ینتقل الیه الملک علی وجه القهر،کالإرث لا بمعنی استقراره له کذلک،بل بمعنی حصوله متزلزلا،فیستقر

بالقبول،و يبطل استمراره بالرد،و ينتقل عنه إلى ورثه الموصى،فهذه أقوال ثلاثه،انتهى.

أقول:لا-يخفى على من راجع كلامهم فى المقام،و ما وقع لهم من النقض و الإبرام أن هذا البحث و الاختلاف انما هو بالنسبه إلى الوصيه لمعين،من حيث اشتراط القبول فيها عندهم،و أما فيما لم يشترط فيه القبول،فإنه لا خلاف فى الانتقال بمجرد الموت.

قال فى المسالك:و اعلم أن موضع الخلاف الوصيه المفتقره إلى القبول، فلو كانت لجهه عامه كالفقراء و المساجد،انتقلت إلى الجهه المعينه بالوفاه بغير خلاف حيث تكون الوصيه نافذه،انتهى.

و أنت خبير بأن المسئله غير منصوصه،و لهذا صارت محل الاشكال و مطرحا للقيل و القال و منشأ هذا الاشكال و البحث فى هذا المجال من حيث اشتراط القبول فى الوصيه لمعين،و أنه لا يصح الوصيه بدونه،مع أنهم لم يوردوا له دليلا شرعيا،و لا نصا مرعيا، و انما عللوه بعلل اعتباريه،و قد تتبعت ما حضرنى من النصوص فلم أقف فيها على ما يدل على هذا الشرط،و أنه لا تصح الوصيه إلا به،و ربما ظهر من إطلاق كثير منها عدمه و من ذلك صحيحه زراره و روايه عبد الرحمن بن أبى عبد الله المتقدمتين.

و ما رواه

فى الكافى و الفقيه فى الصحيح عن محمد بن قيس (1)

«عن أبى جعفر عليه السلام قال:قلت له:رجل أوصى لرجل بوصيه من ماله ثلث أو ربع فيقتل الرجل خطأ يعنى الموصى،فقال:تجاز لهذه الوصيه من(ماله)و من ديته».

و بهذا المضمون أخبار أخر،داله على إخراج الوصيه من الديه،كما يخرج من الميراث.

و فى الصحيح عن محمد بن قيس (2)

«عن أبى جعفر عليه السلام قال،قضى



---

١- ١) الفقيه ج ۴ ص ١۶٨ ح ۵٨٨،الكافى ج ٧ ص ۶٣ ح ٢١،التهذيب ج ٩ ص ٢٠٧ ح ٨٢٢(من ميراثه و من ديته).

٢- ٢) الكافى ج ٧ ص ٢٨ ح ١. و هما فى الوسائل ج ١٣ ص ٣٧٢ ح ١ و ص ۴۶٧ الباب ٨٠.

أمير المؤمنين عليه السلام فی مكاتب كان تحته امرأه حره فأوصت له عند موتها بوصيه، فقال:أهل الميراث لا نجيز وصيتها له،انه مكاتب لم يعتق و لا يرث،فقضی بأنه يرث بحساب ما أعتق منه،و يجوز له من الوصيه بحساب ما أعتق منه،و قضی فی مكاتب أوصی له بوصيه،و قد قضی نصف ما عليه فأجاز له نصف الوصيه،و قضی فی مكاتب قضی ربع ما عليه فأوصی له بوصيه فأجاز ربع الوصيه».

و بهذا المضمون أيضا أخبار عديده و ظاهر هذه الأخبار كما تری أنه ينتقل الموصی به الی الموصی له،و ان لم يحصل القبول،إذ لا إشاره فی شیء منها الی اشتراط القبول من الموصی له كما ادعوه،و إطلاقها كما تری شامل لما لو كان ثمه قبول أو لم يكن،و عدم الاستفصال دليل العموم فی المقال،كما صرح به جمله علمائنا الأبدال،و يؤيد ما ذكرنا ظاهر الآيه،أعنی قوله سبحانه (1)«مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصىٰ بِهٰا أَوْ دَيْنٍ» و جواب العلامه-بحمل الآيه علی معنی وصيه مقبوله و الوصيه بدون القبول ليست كذلك،-لا يخرج عن المصادره،مضافا الی أن ما ذكره خلاف الظاهر،و ارتكاب التقدير و التأويل،فرع وجود الدليل علی القبول و بهذا يظهر أن ما ادعوه أيضا من كون الوصيه من جمله العقود محل توقف و اشكال لعدم الدليل عليه،مع ظهور هذه النصوص و نحوها فی عدم وجود القبول فيها، و لو كان عقدا لوجب القبول،و دل عليه دليل منها،و الأمر كما تری بخلافه.

فإن قيل:انه لا تصريح فی أكثرها بالموت أيضا،بل ظاهرها حصول الانتقال بمجرد الوصيه،مع أنكم لا تقولون به،قلنا:قد قام الدليل علی أن للموصی الرجوع فی الوصيه ما دام حيا،و هو مؤذن بعدم الانتقال عنه فی حياته،فوجب تخصيص إطلاق هذه الأخبار بذلك،و أما القبول فلم يقم عليه دليل،ليمكن تخصيصها به أيضا،فيبقی الإطلاق بالنسبه إليه سالما من المعارض،و حينئذ فإذا لم يقم دليل علی اعتباره فإنه يرجع الحكم فيه الی حكم الوصيه لغير معين.



---

١- ١) سوره النساء-الايه ١١.

نعم حيث ان ظاهرهم الاتفاق على أن للموصى له الرد،و عدم القبول فينبغى أن تفرق بين الأمرين،بأن الانتقال فى غير المعين انتقال تام لازم،و فى المعين انتقال متزلزل،فبالقبول يستقر و يستمر،و بعدم القبول تبطل،و يعود إلى ورثه الموصى،على أن للمناقشه أيضا طريق فيما ذكر،و هو ان لموصى له الرد، فانا لم نقف له على دليل،و ما المانع من كون ذلك كالميراث،ليس له رده شرعا، فان ظاهر الأخبار التى قدمناها ذلك،إلا أن الخروج عما ظاهرهم الاتفاق عليه مشكل،و كيف كان فالمسئله غير خاليه من الاشكال،و الاحتياط فيها مطلوب على كل حال.

إذا عرفت ذلك فاعلم أنهم قد فرعوا على هذا الخلاف المتقدم فروعا عديده:

أحدها-كسب العبد و ثمر الشجره،و سائر زوائد الموصى به المتجدد بين الموت و القبول،فان قلنا أنه يحصل الانتقال بالموت خاصه،كما هو مذهب الشيخ فى الخلاف و من تبعه،فهى للموصى له قبل الوصيه أوردها،لأن العين قد انتقلت اليه،و نماءها تابع لها،و لو ردها احتمل رد نماءها أيضا على الورثه تبعا لها، و احتمل العدم،لأن النماء ليس من الموصى به الذى يتخير بين رده و قبوله،و هو قد ملكه بملك العين بعد الموت،فلا يزول ملكه عنه،و رد العين من حيث كونها موصى بها،و هو لم يقبل الوصيه لا يستلزم رد النماء،لأنه ليس من الموصى به، كما ذكرنا،بل ملكه من جهه أخرى،و سبب آخر.

و ان قلنا انه لا يحصل الانتقال إلا بالقبول،كما هو مذهب العلامه فى المختلف،فإن الزوائد و النماء فى تلك المده لا تكون للموصى له قبل الوصيه بعد ذلك أو ردها،لأنها تجددت قبل أن تدخل العين فى ملكه،و قبوله بعد ذلك لو قبل انما يوجب انتقال العين خاصه،و هى الموصى بها.

بقى الكلام فيما إذا لم ينتقل للموصى له،ففى مستحقها من الموصى-من

حيث انها من جمله التركه فيقضى منها ديونه،و ينفذ منها وصاياه كالأصل-أو الورثه لحدوثها بعد زوال ملكه بالموت:وجهان أقربهما للاعتبار الثانى،و ان قلنا بالمراعاه و الوقف،صارت هذه الزوائد أيضا موقوفه،فإن قبل فهى له و إلا فلا.

و ثانيها-فطره العبد الموصى به إذا حل وقت وجوبها بين الموت و القبول، فعلى القول الأول تكون على الموصى اليه،و ملكها بالموت،و على الثانى فليس على الموصى له شىء،لعدم الانتقال اليه،و قبوله بعد ذلك لو قبل لا يستلزم الوجوب، و قد فات وقته،و على الثالث أيضا لا يلزم،و على هذين القولين،تسقط الفطره هنا، قالوا:و فى معنى الفطره هنا المؤن المحتاج إليها بين القبول و الموت.

و ثالثها-أنه إذا زوج أمته حرا و أوصى له بها،فعلى تقدير القول الأول و هو الانتقال بعد الموت فإنه ينفسخ النكاح من يوم الموت،لدخولها فى ملكه فى ذلك الوقت،فيبطل العقد السابق،و على القولين الآخرين فان رد الوصيه استمر النكاح،لعدم ما يوجب بطلانه،و ان قبلها انفسخ النكاح على كل من القولين، لكن يكون الانفساخ من يوم القبول على القول الثانى،لأن دخولها فى ملكه بعد القبول و من يوم الموت على الثالث،و هو المراعاه و التوقف،لانكشاف ذلك بالقبول و تبينه به،الى غير ذلك من الفروع المذكوره فى كلامهم،من أحب الوقوف عليها فليرجع الى مطولات الأصحاب.

### المسئله الثالثه [فى عدم الفرق بين وقوع القبول قبل موت الموصى أو بعده] :

المشهور فى كلام الأصحاب بناء على وجوب القبول فى الوصيه كما هو المتفق عليه ظاهرا فى كلامهم،أنه لا فرق بين وقوع القبول قبل وفاه الموصى أو بعدها،أما قبل وفاه الموصى فلأنه قبل ما نقل اليه من الملك على الوجه الذى نقل اليه،و ان لم يكن فى وقته،و الإيجاب هنا انما أفاد التمليك قبل وقت الانتقال،إذ الانتقال إنما يحصل بالموت،و القبول هنا وقع طبق هذا الإيجاب،و أما بعد وفاه الموصى فلا اشكال و لا خلاف فى اعتبار القبول لمطابقته

للإيجاب الصادر من الموصى،لأنه أوقع تمليكا مقرونا بالوفاه و قد حصلت الوفاه، فقبل الموصى له ذلك.

و نقل عن جمع من الأصحاب منهم العلامه(قدس سره)اختصاص اعتبار القبول بهذه دون الأولى،محتجين على عدم اعتباره فى الصوره الأولى،بأنه أوجب له بعد موته،فقبل الموت ليس محلا للقبول،فأشبه القبول قبل الوصيه،و كذا لو باعه ما يملكه بعد،و بعدم المطابقه بين الإيجاب و القبول.

و رد ذلك بما أشير إليه فى بيان الوجه فى الصوره المذكوره،و توضيحه أن القبول لا يلزم أن يحصل به الملك،و انما يحصل به تمام سببه،و هو لا يوجب وجود مسببه،لجواز تخلفه لفقد شرطه،و هو هنا كذلك،لأن الموت شرط فى انتقال الملك و الإيجاب كما وقع قبل زمان الملك ناقلا له فى وقت متأخر،فكذلك القبول،و المطابقه حاصله،و الفرق بينه و بين بيع ما يملكه واضح،فان ذلك ممتنع شرعا إيجابا و قبولا و هنا لا مانع منه إلا بواسطه التخيل المذكور،و هو غير مانع.

أقول:لا يخفى انه لو كان اعتبار القبول مستندا الى النصوص،لكان الواجب النظر فى ذلك النص،و ما يستفاد منه،من عموم و خصوص،إلا أنه ليس فى المقام نص كما عرفت،و لا دليل،و ليس إلا ظاهر كلامهم و اتفاقهم على الحكم المذكور، و حينئذ فليس هنا مسرح للنظر فى تصحيح شيء من القولين المذكورين إلا بهذه التعليلات الاعتباريه،و قد عرفت ما فى الاعتماد عليها من الاشكال،فتبقى المسئله فى طاموره التردد و الاحتمال،و ان كان ما علل به المشهور أقرب الى الاعتبار.

**المسئله الرابعه [فى حكم وقوع الرد بعد الموت و القبول و قبل القبض] :**

قالوا:لو رد الوصيه فى حال حياه الموصى جاز أن يقبل بعد وفاته،إذ لا حكم لذلك الرد،و ان رد بعد الموت و قبل القبول بطلت،و كذا لو رد بعد القبض و قبل القبول،و لو رد بعد الموت و القبول و قبل القبض قيل:

تبطل،و قيل:لا تبطل.

ص: ٣٩١

أقول:ینبغی أن یعلم أولا- أنه لا- خلاف کما عرفت آنفا فی أن الملک فی الوصیه متوقف علی الإیجاب و القبول و موت الموصی،فبدون الثلاثه المذکوره لا یحصل الملک قطعا،و انما اختلفوا فی أن القبض مع ذلک هل هو شرط فی تحقق الملک أم لیس بشرط.

فقیل:بالأول کالهبه و الوقف،لاشتراکهما فی العله المقتضیه له،و هو العطیه المتبرع بها مع أولویه الحکم فی الوصیه،من حیث ان العطیه فی الهبه و ما فی معناها منجزه،و فی الوصیه مؤخره،و الملک فی المنجز أقوی منه فی المؤخر، بقرینه نفوذ المنجز الواقع من الأصل علی خلاف،بخلاف المؤخر.

و قیل:بالثانی لأصاله العدم،و عموم«الأمر بالوفاء بالعقود»الشامل لموضع النزاع،و بطلان القیاس،من حیث خروج الهبه و نظائرها بدلیل خاص و قد تقدم، و هو لا یتناول الوصیه،و الأولویه المذکوره لا تفید الحکم المتنازع و أصل الخلاف واقع فی المؤخر أیضا،کما سیأتی ان شاء الله تعالی.

أقول:و یدل علی ذلک ما رواه

العباس بن عامر فی الصحیح (۱)قال:

«سألته عن رجل أوصی له بوصیه فمات قبل أن یقبضها،و لم یترک عقبا؟قال:أطلب له وارثا أو مولی فادفعها الیه،قلت:فان لم أعلم له ولیا،قال:اجهد علی أن تقدر له علی ولی فان لم تجده و علم الله منک الجد فتصدق بها»، و هو صریح فی المدعی کما تری،و هو أیضا ظاهر فیما قدمنا ذکره من صحه الوصیه أعم من أن یکون قبل أو لم یقبل،و بذلک تظهر لک قوه القول الثانی،و هو کون القبض لیس بشرط فی ملک الوصیه.

إذا عرفت ذلک فاعلم أن من فروع الملک و عدمه عندهم رد الموصی له الوصیه،فإن وقع الرد بعد تحقق الملک لم یؤثر رده فی إبطال الملک،لأن الملک لا یزول باعراض صاحبه عنه.



---

۱- ۱) الکافی ج ۷ ص ۱۳ ح ۳،الوسائل ج ۱۳ ص ۴۰۹ ح ۲.

نعم ربما أفاد الإباحه فى بعض الموارد إلا أن اباحه التصرف لا تقتضى زوال الملك،و على هذا فإذا وقع الرد بعد الموت،و القبول و القبض لا يؤثر شيئا،لأن الملك هنا قد استقر،و ثبت إجماعا فلا حكم للرد اتفاقا،و ان وقع الرد بعد الموت و القبول و قبل القبض بنى الكلام على الخلاف المتقدم،فان قلنا ان القبض شرط فى الملك صح الرد قبله،و بطلت الوصيه،و إلا فلا،كما لو وقع بعده،فإنه لا أثر له فى البطلان،و ان وقع الرد بعد الموت و قبل القبول،قبض أو لم يقبض،بطلت الوصيه،لأن الملك لم يتحقق حينئذ،فكانت الوصيه من قبيل العقد الجائز إذا أبطله أحد المتعاقدين،أو اللازم إذا رده أحدهما بعد الإيجاب و قبل القبول.

أقول:صحه الحكم هنا مبنيه على تسليم شرطيه القبول كما هو مسلم بينهم، و أما على ما يظهر من الأخبار كما عرفت و ستعرف ان شاء الله تعالى،من أنه لا دليل عليه،بل الدليل ظاهر فى خلافه،فإنه يحكم بالصحه و ان وقع الرد قبل الوفاه، سواء كان قبل القبول أم لا،فالرد هنا عندهم لا حكم له،فله أن يجدد القبول بعد ذلك،لأن الرد فى حكم العدم،حيث لم يصادف محلا إذ التمليك لا يحصل إلا بعد الوفاه،فرده هنا انما هو فى معنى رد ملك غيره،و هو غير معقول،فيقع لاغيا،لأنه و ان قبله فالشرط لملكه موت الموصى إجماعا،و الفرق-بين الرد فى هذه الصوره و بين الرد بعد الموت و قبل القبول،فى أن الأول لا حكم له،بل له أن يجدد القبول،و فى الثانى تبطل الوصيه كما تقدم،مع اشتراكهما فى عدم حصول الملك فيهما-أن الملك بعد الموت و قبل القبول و ان لم يحصل على وجه اللزوم الذى لا يؤثر الرجوع فى زواله،إلا أنه حاصل فى الجمله،باعتبار أن القبول كما تقدم كاشف عن الملك السابق،أو جزء السبب،فالملك حاصل فى الجمله،إلا أنه بقى موقوفا على القبول لا غير،فالرد حينئذ واقع فى محله،و ملخصه أن التمليك من الموصى قد حصل،و بقى موقوفا على رضاه بذلك و قبوله،فإذا رده تبين عدم الرضا و القبول، فتبطل الوصيه كما لو أوجب البائع البيع فرده المشترى و لم يقبل،و هذا بخلاف

الرد الواقع حال الحياه فإن الملک لم یحصل بالکلیه و ان قبل فی تلک الحال.

هـذا کله فیما لو تعلق الرد بالجمیع،أما لو رد بعضا و قبل بعضا فإنه یصـح فیما قبله،و یبقی الکلام فی البعض الذی رده،فبنی علی الفروض المتقدمه من الرد فی حال الحیاه أو بعد الوفاه،قبل القبول أو بعده،مع القبض أو عدمه.

و بالجمله فإن الوصـیه لما کانت تبرعا محضا لم ترتبط أجزائها بعضها ببعض، فکما یصح قبولها جمیعا یصح قبول بعضها،و یلزمه حکمه خـاصه،و یلزم الآخر أیضا حکمه المتقـدم،و هـذا بخلاف البیع و نحوه من عقود المعاوضات،فإن البائع لو باعه جمله فقبل المشتری بعضـها،وقع قبوله لاغیا،لأن الغرض فیه مقابله أجزاء العوض بأجزاء المعوض،و البعض الذی اختص بالقبول غیر مقصود للبـائع إلاـ مقیـدا بـالجمله،بخلاـف التبرع المحض،فان القصـد إلی الجمله یتضـمن القصـد الی کل واحـد من أجزائها منضـمه و منفرده،و من ثم لو أوصـی بما زاد علی الثلث و لم یجز الوارث بطل فی الزائـد،و صـح فی قدر الثلث و ان قبل الموصـی له لعدم الارتباط الذی بیناه،هکذا قیل.

و فیه نظر،فان ما ادعی من أنه لو قبل المشتری بعض الجمله المباعه دون بعض وقع لاغیا،لا دلیل علیه شـرعا،و ما علل به من هـذا الـوجه الاعتبـاری لاـ یصـلح لتأسـیس حکم شـرعی،و لـو تم مـا ادعـوه من الارتبـاط بین أجزاء المـبیع فلاـ یصـح فی بعض دون بعض،للزم البطلان فیما لو باع ماله و مال غیره صفقه،فیبطل البیع فی الجمیع،مع أنه لیس کذلک،بل یصح البیع فی ماله،و یختص البطلان بمال الغیر،و یوزع الثمن بالنسبه کما تقدم ذکره فی محله.

و به یظهر مـا فی قوله و من ثم لو أوصـی بمـا زاد علی الثلث الی آخره حیث جعل مناط الصـحه فی الثلث خاصه،و البطلان فیما زاد هو عدم الارتباط،مع أن مثله کما عرفت وارد فی المبیع،و حینئذ فلا یتم ما ادعوه کلیا.

و بالجمله فإن المدار فی الأحکام الشرعیه کیف کانت،انما هو علی النصوص الشرعیه،دون هذه التعلیلات العقلیه،و الله العالم.

### المسئله الخامسه [فی انتقال حق قبول الوصیه إلی ورثه الموصی له لو مات] :

الأشهر أنه لو مات الموصی له قبل القبول سواء مات فی حیاه الموصی أم بعد وفاته،فان وارثه یقوم مقامه فی قبول الوصیه،و تکون الوصیه له کما کانت لمورثه،إلا أن یرجع الموصی فی الوصیه.

و یدل علی هذا القول ما رواه

المشایخ الثلاثه(نور الله تعالی مراقدهم)فی الصحیح عن محمد بن قیس (۱)

«عن أبی جعفر علیه السلام قال:قضی أمیر المؤمنین علیه السلام فی رجل أوصی لآخر و الموصی له غائب،فتوفی الذی أوصی له قبل الموصی،قال:

الوصیه لوارث الذی أوصی له،قال و من أوصی لأحد شاهدا کان أو غائبا،فتوفی الموصی له قبل الموصی،فالوصیه لوارث الذی أوصی له إلا أن یرجع فی وصیته قبل موته». و مورد هذه الروایه انما هو موت الموصی له فی حیاه الموصی،فلا یمکن الاستدلال بها علی ما قدمنا من المدعی،و حینئذ فینبغی أن یجعل المدعی انه لو مات الموصی له فی حیاه الموصی قبل القبول،فهل تصح الوصیه أم لا؟فتکون الروایه المذکوره مستندا للقول بالصحه،إلا أن ظاهرهم أن محل الخلاف هو الأعم کما حررناه،و ربما کان المستند فی تعمیم الحکم ما لو مات بعد موت الموصی،هو الأولویه،و فیه ما فیه.

و طعن فی هذه الروایه فی المسالک و قبله العلامه فی المختلف،بأن محمد بن قیس مشترک بین جماعه فیهم الضعیف و الثقه،قال فی المسالک بعد نقل الروایه و هذه الروایه نص فی الباب لو تم سندها،إذ لا یخفی أن محمد بن قیس الذی یروی عن الباقر علیه السلام مشترک بین الثقه و الضعیف و غیرهما،فکیف تجعل روایته مستند الحکم،إلا أن یدعوا جبرها بالشهره علی ما هو المشهور بینهم فی ذلک،و فیه ما فیه.

أقول:الذی صرح به جمله من محققی متأخری المتأخرین منهم سبطه



---

۱- ۱) الکافی ج ۷ ص ۱۳ ح ۱،التهذیب ج ۹ ص ۲۳۰ ح ۹۰۳،الفقیه ج ۴ ص ۱۵۶ ح ۵۴۱،الوسائل ج ۱۳ ص ۴۰۹ ح ۱.

السید السند فی شرح النافع و غیره أن محمد بن قیس هنا هو الثقه البجلیّ،بقرینه عاصم بن حمید الراوی عنه،کما صرح به الشیخ فی الفهرست،و حیثما یوجد هذا السند فإنهم ینظمونه فی سلک الصحیح،و هذه المناقشه قد تکررت من شیخنا المذکور فی المسالک فی غیر موضع،و هو غفله محضه.

و بالجمله فالخبر صحیح صریح فی المدعی،ثم ان أصحاب هذا القول عللوه أیضا زیاده علی الخبر المذکور بناء علی قواعدهم من التعلیل بالعلل العقلیه بأن القبول کان حقا للمورث فیثبت لوارثه بعد موته،کباقی الحقوق الموروثه من الخیار و الشفعه و غیرهما،و اعترضه فی المسالک قال:و أما الاستدلال بکون القبول حقا للمورث،ففیه منع کلیه الکبری المدعیه،أن کل حق یورث ان سلم أن القبول حق،فان حق القبول لا یورث فی سائر العقود إجماعا،کما لو باع أو وهب فمات المشتری أو الموهوب قبل القبول،فقبل الوارث،و ان کان علی الفور،فإنه لا یعتد به قطعا،فکذا هنا،انتهی.

أقول قد عرفت مما قدمناه آنفا أنه لا دلیل علی اعتبار هذا القبول الذی یدعونه،و لا علی کون الوصیه عقدا یتوقف علی الإیجاب و القبول،کما هو المشهور بینهم،بل ربما دل ظاهر الصحیحه المذکوره هنا مضافا الی ما سلف من الأخبار علی أنه بمجرد الوصیه قد حصل الانتقال الی الموصی له،و ثبت له الحق،و ان کان متزلزلا مراعی بوفاه الموصی،إذ لا وجه للانتقال الی الوارث قبل موت الموصی،إلا بالتقریب الذی ذکرناه،و حینئذ فالموروث انما هو الوصیه،لا القبول الذی ادعوه کما فی عنوان المسئله،فجعلوا محل الخلاف فی أنه هل یورث القبول لو مات الموصی له قبل القبول أم لا؟و صحیحه محمد بن قیس المذکوره ظاهره فیما قلناه،حیث قال علیه السلام فی الجواب«الوصیه لوارث الذی اوصی له»أی أنه لما أوصی الی ذلک الرجل فمات الموصی له فهی لوارثه،ان لم یرجع الموصی فیها،فالموروث هو الوصیه،لا القبول إذ لا دلیل،بل لا إشعار فی شیء من الأخبار به بالکلیه،و الحمل علی تقدیر مضاف

فی الکلام یعنی قبول الوصیه لوارث الذی أوصی له خلاف الظاهر،و الأصل عدمه.

و نقل عن جماعه من الأصحاب منهم ابن الجنید و العلامه فی المختلف القول ببطلان الوصیه فی الصوره المذکوره،مستندین الی أن الوصیه عقد یفتقر إلی إیجاب و قبول من الموجب له،فیبطل بموته.

و استندوا مع ذلک الی

صحیحه أبی بصیر و محمد بن مسلم (۱)

«عن أبی عبد الله علیه السلام قال:سئل عن رجل أوصی لرجل فمات الموصی له قبل الموصی؟قال:لیس بشیء».

و فی الموثق عن منصور بن حازم (۲)

«عن أبی عبد الله علیه السلام قال:سألته عن رجل أوصی لرجل بوصیه أن حدث به حدث فمات الموصی له قبل الموصی؟قال:

لیس بشیء».

أقول:أنت خبیر بما فی هذین الخبرین من الإجمال،و تعدد الاحتمال المانع من الاعتماد علیهما فی الاستدلال،قال فی المسالک:و الحق أن هاتین الروایتین لا صراحه فیهما فی المطلوب،لأنهما کما یحتملان أن الوصیه لا شیء یعتد به، بمعنی بطلانها،یحتمل إراده أن الموت لیس بشیء ینقض الوصیه،بل ربما کان الثانی أنسب بأسلوب الکلام،و تذکیر الضمیر المستتر فی الفعل،و به یندفع التنافی بین الروایات،فیکون أولی،انتهی.

و الشیخ فی التهذیبین حملهما علی ما إذا رجع الموصی بعد موت الموصی له عن وصیته،فاما مع إقراره علی الوصیه،فإنها تکون لورثته،قال:و قد فصل ذلک فی خبر محمد بن قیس السابق،و لا یخفی ما فیه من البعد عن الانطباق علی سیاق الکلام،و احتمل فی الوافی حملهما علی ما إذا کان هناک قرینه تدل علی اراده الموصی له بخصوصه،دون ورثته.

أقول:و یحتمل و لعله الأقرب حملهما علی التقیه کما ذکر فی الوسائل،



---

۱- ۱) التهذیب ج ۹ ص ۲۳۱ ح ۹۰۶،الوسائل ج ۱۳ ص ۴۱۰ ح ۴.
۲- ۲) التهذیب ج ۹ ص ۲۳۱ ح ۹۰۷،الوسائل ج ۱۳ ص ۴۱۰ ح ۵.

قال:لانه مذهب أكثر العامه،و كيف كان فان الخبرين المذكورين لما عرفت لا يبلغان قوه المعارضه للصحيحه السابقه،و لعله لأجل ذلك جعلهما فى المختلف مؤيدين،بعد أن علل البطلان بأن الوصيه عقد يفتقر إلى الإيجاب و القبول،قال:

و قد بينا أن القبول المعتد به هو الذى يقع بعد الوفاه فصار الموت حينئذ فلا عبره به،انتهى.

و فيه ما عرفت،و قيل هنا:قول ثالث بالتفصيل كما نقله فى المسالك عن بعض الأصحاب،من أنه خص البطلان بما إذا مات الموصى له قبل الموصى عملا بمدلول هاتين الروايتين،قال:فلو مات بعده لم تبطل،للأصل و عدم المعارض.

أقول:لا يخفى أن هذه الروايات المذكوره انما تعارضت و تصادمت فى موت الموصى له فى حياه الموصى،فالصحيحه المتقدمه صريحه فى الصحه و الانتقال الى الوارث،و الروايتان الأخريان على ما عرفت،من الإجمال و الاحتمال،و ان ادعى منهما الدلاله على البطلان.

و كيف كان فان حكم موت الموصى له بعد موت الموصى غير معلوم من هذه الأخبار،و حينئذ فيمكن أن يقال:ان مع موت الموصى له فى حياه الموصى فالحكم الصحه،عملا بالصحيحه المذكوره،و أما بعد وفاته فالوجه فى الحكم بالصحه أيضا هو ما ذكره هذا القائل بالتفصيل من أن الأصل الصحه،و لا معارض هنا لها، و يؤيده أيضا ما قدمناه فى صدر المسئله الرابعه (1)من صحيحه العباس بن عامر الداله على موت الموصى له قبل قبض الوصيه فأمر عليه السلام الوصى أن يطلب له وارثا ليدفع إليه الوصيه،و ظاهر سياقها أن موته بعد موت الموصى كما هو محل البحث.

و روايه محمد بن عمر الساباطى (2)قال:

«سألت أبا جعفر عليه السلام يعنى الثانى عن رجل أوصى الى و أمرنى أن أعطى عما له فى كل سنه شيئا،فمات العم؟ فكتب عليه السلام أعط ورثته».



---

١- ١) ص ٣٩٢.

٢- ٢) الكافى ج ٧ ص ١٣ ح ٢،الوسائل ج ١٣ ص ٤١٠ ح ٣.

و هذه الروايه أيضا ظاهره فی أن موت العم بعد موت الموصی،لأنه مع حیاه الموصی لم یتحقق الملک للموصی له لیأمر بالدفع الی ورثته،و یؤکده أیضا أن المعطی و السائل انما هو الوصی الموصی إلیه بتنفیذ الوصایا،و هو لا یکون إلا بعد موت الموصی کما هو ظاهر،و أما احتمال إرجاع الضمیر فی ورثته الی الرجل الموصی المسؤل عنه فی صدر الخبر،فمن الاحتمالات السخیفه التی لا ینبغی النظر إلیها.

و بالجمله فإن هذین الخبرین ظاهران فی أن مع موت الموصی له بعد وفات الموصی:فإنه لا ریب فی صحه الوصیه،و أنها تدفع للموصی له،و لوارثه،لأنه استحقها و ملکها بالوصیه و تحرر الملک،و لزم بموت الموصی،و مدلولهما غیر ما دلت علیه الأخبار المتقدمه،فلا تنافی بین الجمیع و لا تعارض،لان مدلول تلک کما عرفت موت الموصی له فی حیاه الموصی،و مدلول هذه بعد موت الموصی،و بما ذکرناه لک یظهر ضعف القول بالتفصیل المذکور،لأنه مبنی علی دلاله الروایتین المتقدمتین علی بطلان الوصیه،و قد عرفت ما فیه،و أن الأصح هو الصحه للصحیحه المتقدمه و عدم صراحه هاتین الروایتین المذکورتین فی المنافاه،بل الظاهر من جمیع هذه الروایات التی أوردناها فی المقام هو الصحه،سواء مات الموصی له فی حال حیاه الموصی أو بعد موته بالتقریب الذی شرحناه.

و به یظهر أیضا ضعف القول بالبطلان کما ذهب إلیه فی المختلف،لدلاله هذین الخبرین علی الصحه فی صوره موت الموصی له بعد موت الموصی،و دلاله صحیحه محمد بن قیس علی الصحه قبل موته،و هو قد حکم بالبطلان فی الموضعین، و الله العالم.

### المسئله السادسه [فی کیفیه انتقال الوصیه إلی الورثه] :

قال المحقق فی الشرائع:فرع لو أوصی بجاریه و حملها لزوجها و هی حامل منه،فمات قبل القبول،کان القبول للوارث،و إذا قبل ملک الوارث الولد،ان کان ممن یصح له تملکه،و لا ینعتق علی الموصی له،لأنه لا یملک بعد الوفاه،و لا یرث أباه،لأنه رق،إلا أن یکون ممن ینعتق علی الوارث الی آخره.

ص: ۳۹۹

قال فى المسالک بعد ذلک:هذا فرع على المسئله السابقه المتضمنه لكون القبول موروثا،فإذا فرض كون الموصى به جاريه و حملها،و الحال أن الحمل ولد الموصى له بتزويج أو غيره،ففرض المصنف كون الموصى له زوجا غير لازم، و يفرض كون الحمل رقا لمولى الجاريه بالاشتراط على القول بصحته،و حينئذ فإذا مات الموصى له قبل القبول و قلنا بانتقال حقه الى وارثه،فقبل الوصيه بهما،ملک الجاريه و الولد،و لا ينعتق الولد لأن أباه لم يملکه،و انما انتقل ملكه الى الوارث ابتداء كما أشرنا إليه سابقا،نعم لو كان ممن ينعتق على الوارث كما لو كان الوارث ابنا و الحمل أنثى،انعتق عليه،انتهى المقصود من كلامه.

أقول:قد عرفت مما قدمناه أن ما يدعونه من القبول فى هذا المقام مما لم يقم عليه دليل،ربما دلت ظواهر الأخبار على عدمه،و حينئذ فجميع ما يفرع على ذلک لا يخلو من الاشكال،و منه ما ذكروه هنا من أنه كما أن للموصى إليه التخيير فى القبول و عدمه،كذلک يثبت للوارث التخيير فى قبول الوصيه و عدمه فلو مات الموصى إليه قبل القبول تخير الوارث بين القبول،فيملک ما أوصى به و عدمه فلا يملکه،و المفهوم من الروايات التى قدمناها فى سابق هذه المسئله هو أنه متى مات الموصى إليه فى حياه الموصى أو بعد موت الموصى،فإن الوصيه تنتقل الى الوارث انتقالا موجبا للملک،غير متوقف على شىء إلا موت الموصى ان مات الموصى إليه فى حال حياته،فان ما اشتملت عليه صحيحه العباس بن عامر من أمره عليه السلام بطلب الوارث و الدفع اليه،ثم أمره بالصدقه عنه بعد تعذر الوقوف عليه أظهر ظاهر،و أصرح صريح فى الانتقال اليه من غير توقف على شىء،و إلا لكان الأنسب أنه حيث تعذر الوارث فإنه ترجع الوصيه إلى ورثه الموصى،لتعذر القبول الذى هو شرط عندهم بتعذر وجود الوارث،مع أنه عليه السلام مع تعذر الوارث أمر بالصدقه عنه،أو عن الموصى له،أو عن و هو صريح فى ملک الموصى له و وارثه من بعده، بمجرد الوصيه و موت الموصى،و كذلک حكمه عليه السلام فى روايه محمد بن عمر

الساباطی بکونه لورثه العم،کان ینبغی تقییده ان قبلوا ذلک و إلا فلا،و کذلک حکمه علیه السلام فی صحیحه محمد بن قیس بأن الوصیه لوارث الذی أوصی له من غیر استفصال بین قبوله و عدمه،و لو کان الأمر کما یدعونه لکان الواجب أن یقول ان الوصیه له ان قبل،و إلا فلا.

و بالجمله فإنه لا یخفی علی المتأمل فی سیاق الأخبار المذکوره سیما صحیحه العباس بن عامر أنه بموت الموصی إلیه تنتقل الوصیه إلی وارثه انتقالا صحیحا شرعیا موجبا للملک،غایه الأمر أنه ان کان الموت فی حیاه الموصی فإن الملک یکون مراعی بعدم رجوع الموصی فی الوصیه،کما دلت علیه صحیحه محمد بن قیس،و ان کان بعد موت الموصی فقد استقر الملک بحصول شروطه المتقدمه،و أما أنه للموصی له التخییر بین القبول و الرد کما زعموه،فقد عرفت أیضا ما فیه، من أنه لا دلیل علیه إلا ما ذکروه من الوجوه الاعتباریه التی لا تصلح لتأسیس الأحکام الشرعیه،و ما المانع من أن یکون بعد استکمال شروطه من قبیل المیراث،إذا اقتضته الأدله،کما صرحوا به فی الوصیه لغیر معین،من أنه ینتقل بمجرد الوصیه و موت الموصی.

و بالجمله فإنک بالتأمل فی الأخبار التی ذکرناها لا أظنک یعتریک الشک فی صحه ما ذکرناه،لکن مخالفه المشهور مما یثقل فی قلوب الجمهور،إذا عرفت ذلک فاعلم أنه یأتی علی ما حررناه،من أن الوصیه قد انتقلت الی الموصی له و وارثه انما تلقاها منه،و ورثها عنه،أن الجاریه و ولدها هذا قد انتقلا الی الزوج،و بموجبه ینعتق الولد علیه،لأنه لا یملک ولده.

قوله فی المسالک فیما قدمنا من عبارته:«و حینئذ فإذا مات الموصی له قبل القبول و قلنا بانتقال حقه الی وارثه.الی آخره».

فیه أنک قد عرفت من الأخبار التی کررناها،أن مقتضاها أن من أوصی بوصیه إلی شخص فمات الموصی له قبل قبض الموصی به،فإنه تنتقل الوصیه عنه الی وارثه،و یملک الوارث جمیع ما ورثه الموصی له من غیر تقیید بقبول،لا فی

جانب الموصى له،و لا فى جانب وارثه،و الوارث انما تلقى الملك عن مورثه، لا من حيث قبوله خاصه،و مقتضى ما ذكروه من أن الموصى له مات قبل القبول أنه لم يحصل له الملك،و الملك انما حصل لوارثه من حيث قبوله،فيكون الوارث قد ملك شيئا لم يملكه مورثه،و هذا خلف ظاهر،فان الوارث بالاتفاق إنما تلقى الملك من مورثه،فكيف يملك هنا شيئا لم يملكه مورثه،حتى أنهم يفرعون عليه عدم انعتاقه الولد،لعدم دخوله فى ملك الأب.

ثم انه أى حق للموصى له لو مات قبل القبول ليرثه وارثه،فإنه إذا كان القبول عندهم شرطا فى صحه الملك أو جزء السبب و لم يحصل،فإنه لا يحصل الملك، و بموجبه تبطل الوصيه،فليس هنا شيء يرثه الوارث بالكليه.

فإن قيل:انه بالوصيه يملكه ملكا متزلزلا لا يستقر إلا بالقبول،فلما مات الموصى له قبل القبول ورث الوارث ذلك الملك المتزلزل عنه،و ورث حق القبول الذى كان للموصى له،فإذا قبل ذلك استقر الملك له.

قلنا:أما إرثه الملك المتزلزل فممكن،و أما إرثه حق القبول،فغير مسلم و قد تقدم ذلك فى كلام شيخنا الشهيد الثانى فى المسالك،كما قلناه فى سابق هذه المسئله فى الجواب عن ذلك الدليل العقلى المذكور ثمه.

و بالجمله فإن مقتضى الأخبار التى ذكرناها انما هو انتقال الوصيه الى الموصى له أولا،و أنه يملكها،و ان اقترن الملك بين موت الموصى له فى حياه الموصى أو بعد موته كما تقدم،ثم بعد موته ينتقل الى وارثه،و حينئذ فيجب الحكم بانعتاق الولد فى الصوره المفروضه،و هذا من جمله ما يتفرع على الخلاف بين كلامهم،و بين ما يظهر من الأخبار الجاريه فى هذا المضمار.

### المسئله السابعه [فى عدم لزوم الوصيه ما دام الموصى حيا] :

#### اشاره

قد صرحوا بأن الوصيه عقد جائز من طرف الموصى ما دام حيا،سواء كانت الوصيه بمال أو ولايه،و يتحقق الرجوع بالتصريح، و بفعل ما ينافى الوصيه،فلو باع ما أوصى به أو أوصى ببيعه أو وهبه و أقبضه،أو رهنه كان ذلك رجوعا،و كذا لو تصرف فيه تصرفا أخرجه عن مسماه.

أما لو أوصى بخبز فدقه فتيتا لم يكن ذلك رجوعا.

أقول:ما ذكروه من أن الوصيه عقد جائز من طرف الموصى ما دام حيا مما لا خلاف فيه نصا و فتوى،أما الثانى فلأنه لا خلاف كما نقله فى المسالك و غيره فى جواز رجوع الموصى فى وصيته ما دام حيا،و لو كانت لازمه لامتنع ذلك.

و أما الأول:فلأخبار كثيره،منها ما رواه

المشايخ الثلاثه(نور الله تعالى مراقدهم)عن عبيد بن زراره (۱)قال:

«قد سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول.للموصى أن يرجع فى وصيته ان كان فى صحه أو مرض».

و عن بريد بن معاويه (۲)فى الموثق

«عن أبى عبد الله عليه السلام قال:لصاحب الوصيه أن يرجع فيها و يحرث فى وصيته ما دام حيا».

و عن عبد الله بن مسكان (۳)فى الصحيح

«عن أبى عبد الله عليه السلام قال:قضى أمير المؤمنين عليه السلام أن المدبر من الثلث و أن للرجل أن ينقض وصيته،فيزيد فيها و ينقص منها ما لم يمت».

و عن محمد مسلم (۴)فى الصحيح

«عن أبى عبد الله عليه السلام قال:المدبر من الثلث و قال:للرجل أن يرجع فى ثلثه ان كان أوصى فى صحه أو مرض».

و عن يونس (۵)عن بعض أصحابه قال:

«قال على بن الحسين عليه السلام للرجل أن يغير وصيته فيعتق من كان أمر بملكه،و يملك من كان أمر بعتقه،و يعطى من كان حرمه،و يحرم من كان أعطاه ما لم يمت و يرجع فيه».

و ما رواه

فى الفقيه عن محمد بن عيسى بن عبيد (۶)

«قال كتبت الى



---

۱- ۱) الكافى ج ۷ ص ۱۲ ح ۱،الفقيه ج ۴ ص ۱۴۷ ح ۵۰۹ التهذيب ج ۹ ص ۱۸۹ ح ۷۶۰،الوسائل ج ۱۳ ص ۳۸۶ ح ۳.

۲- ۲) الكافی ج ۷ ص ۱۲ ح ۲،الفقيه ج ۴ ص ۱۴۷ ح ۵۰۸ التهذيب ج ۹ ص ۱۹۰ ح ۷۶۱،الوسائل ج ۱۳ ص ۳۸۶ ح ۴.

۳- ۳) الكافی ج ۷ ص ۱۲ ح ۳،التهذيب ج ۹ ص ۱۹۰ ح ۷۳۲.

۴- ۴) الكافی ج ۷ ص ۲۲ ح ۳.

۵- ۵) الكافی ج ۷ ص ۱۳ ح ۴.

۶- ۶) الفقيه ج ۴ ص ۱۷۳ ح ۶۰۷. و هذه الروايات فی الوسائل ج ۱۳ ص ۳۸۵ ح ۱ و ص ۳۸۹ ح ۱ و ص ۳۸۵ ح ۲ و ص ۳۸۷ ح ۶.

على بن محمد عليهما السلام رجل أوصى لك جعلنى الله فداك بشىء معلوم من ماله أوصى لأقربائه من قبل أبيه و أمه،ثم انه غير الوصيه فحرم من أعطاه و أعطى من حرمه أ يجوز له ذلك؟فكتب(صلوات الله عليه)هو بالخيار فى جميع ذلك الى أن يأتيه الموت».

و ما رواه

المشايخ الثلاثه فى الموثق عن إسحاق بن عمار (۱)

«عن أبى عبد الله عليه السلام قال:سألته عن رجل كانت له عندى دنانير،و كان مريضا فقال لى:ان حدث بى حدث فأعط فلانا عشرين دينارا،و أعط أخى بقيه الدنانير،فمات و لم أشهد موته،فأتانى رجل مسلم صادق فقال لى:أنه أمرنى أن أقول لك:انظر الدنانير التى أمرتك أن تدفعها الى أخى فتصدق منها بعشره دنانير اقسمها فى المسلمين، و لم يعلم أخوه أن له عندى شيئا،فقال:أرى أن تصدق منها بعشره دنانير كما قال».

الى غير ذلك من الأخبار،و كتب بعض مشايخنا المحدثين من متأخرى المتأخرين فى حواشيه على هذا الخبر الأخير ما صورته:العمل بخبر العدل الواحد فى مثل ذلك لا يخلو من اشكال إلا أن يحمل على حصول العلم بالقرائن المنضمه إلى اخباره،و يمكن أن يقال:انما حكم عليه السلام بذلك فى الواقعه المخصوصه لعلمه بها،انتهى.

أقول:لا يخفى على من تتبع الأخبار حق التتبع،أن المستفاد منها انما هو قبول قول العدل الواحد فى غير موضع من الأحكام،و من ذلك هذا الخبر.

و من ذلك أيضا ما رواه

الشيخ فى الموثق عن سماعه (۲)قال:

«سألته عن رجل تزوج جاريه أو تمتع بها،فحدثه رجل ثقه أو غير ثقه فقال:إنها امرأتى، و ليست لى بينه،فقال:ان كان ثقه فلا يقربها،و ان كان غير ثقه لم يقبل منه»».

ص:۴۰۴

---

۱- ۱) الكافى ج ۷ ص ۶۴ ح ۲۷،التهذيب ج ۹ ص ۲۳۷ ح ۹۲۳،الفقيه ج ۴ ص ۱۷۵ ح ۶۱۴،الوسائل ج ۱۳ ص ۴۸۲ ح ۱.
۲- ۲) التهذيب ج ۷ ص ۴۶۱ ح ۵۳،الوسائل ج ۱۴ ص ۲۲۶ ح ۲.

و ظاهره كما ترى،النهى عن نكاحها الـذى هو حقيقه فى التحريم،و ليس ذلك إلا من حيث افاده قول الثقه العلم،كالشاهـدين،و التأويل بالحمل على الكراهه يحتاج الى المعارض،و هو منتف،و المعاضد له موجود،و من ذلك ما تقدم فى كتاب الوكاله من

صحيح هشام بن سالم (١)

«عن أبى عبـد الله عليه السـلام فى حـديث قـال فيه«ان الوكيل إذا وكل ثم قام عن المجلس فأمره ماض أبـدا،و الوكاله ثابته حتى يبلغه العزل عن الوكـاله بثقه يبلغه أو يشـافه بـالعزل عن الوكـاله»،. و الأصـحاب قـد صـرحوا بـأنه لاـ ينعزل الوكيـل إلاـ مع العلم بـالعزل،و الخبر ظـاهر أن اخبار الثقه كالمشافهه للعزل فى إفاده العلم بالعزل،و من ذلك حمله من الأخبار الـداله على جواز وطء الأمه المشتراه بغير اسـتبراء إذا كان البائع عـدلا قد أخبر بالاسـتبراء (٢)، و يؤيـده الأخبار الـداله على الاعتماد على أذان الثقه فى دخول الوقت (٣)الى غير ذلك من المواضع التى تقف عليها المتتبع البصير،و لا ينبئك مثل خبير.

### [فى كيفيه الرجوع فى الوصيه]

#### اشاره

ثم انهم ذكروا ان الرجوع فى الوصـيه و نحوهـا من العقود الجـائزه قـد يكون بالفعـل و بـالقول،اما صـريحا أو اسـتلزاما أو باعتبار إشعاره بإراده الرجوع، فهذه أقسام أربعه:

#### أحدها-القول الصريح

،كقوله رجعت فى الوصـيه الفلاـنيه،أو نقضـتها أو فسـختها،أو لاـ تعطوها ما أوصـيت به،أو يقول هو«يعنى الموصـى به»لفلان، أو لوارثى،أو من جمله ميراثى.

و

#### ثانيها-بيع العين التى أوصى بها

،و اللاـزم من البيع نقـل العين إلى المشترى،و يمتنع مع ذلـك بقـاء الوصـيه،و كـذا عتق المملوك،و كتـابته،فـان مقتضاهمـا قطع السلطنه عن المملوك التى من جملته الوصيه به،و كذا الهبه



---

۱- ۱) التهذيب ج ۶ ص ۲۱۳ ح ۵۰۳.الوسائل ج ۱۳ ص ۲۸۶ ح ۱.

۲- ۲) الكافى ج ۵ ص ۴۷۲ ح ۴.الوسائل ج ۱۳ ص ۳۸ ح ۲.

٣- ٣) الوسائل ج ۴ ص ۶۱۸ الباب ٣.

المقرونه بالإقباض،أما لا معه فهی من القسم الآتی.

و

### ثالثها-فعل ما یدل علی اراده الرجوع

و ان لم یکن صریحا،و یتحقق بفعل مقدمات الأمور التی لو تحققت لناقضت الوصیه،و منه الهبه قبل القبض کما عرفت،و العرض علی البیع مریدا له،فإنه قرینه داله علی اراده الرجوع عن الوصیه،و لو دلت القرائن فی شیء من هذه المواضع علی عدم اراده الرجوع بذلک،بل کان الغرض أمرا آخر،عول علی تلک القرائن،لضعف هذا القسم، حیث ان مناطه القرینه،و یشکل الحال لو اشتبه الفرض من الطرفین.

و

### رابعها-الفعل المبطل للاسم الذی هو متعلق الوصیه

،کما لو أوصی له بحنطه معینه فطحنها،أو بدقیق فعجنه،أو بعجین فخبزه أو بقطن فغزله،أو بغزل فنسجه،أو بدار فهدمها بحیث خرجت به عن اسمها،أو بزیت فخلطه بغیر جنسه، بحیث لم یتمیز،و وجه البطلان فی جمیع ذلک ان متعلق الوصیه فی جمیع ذلک هو المسمی الخاص،و قد زال،مضافا الی إشعار هذه الأفعال بالرجوع،إلا أن تدل هناک قرینه علی خلاف ذلک،کأن یفعل لمصلحه العین،و قصد بقاءها و حفظها، کدفع الدود عن الحنطه،و خبز العجین خوفا من فساده و ضیاعه،و خلطه کذلک، و نحو ذلک،فان مرجع هذه الأمور إلی القرائن المقرنه بها نفیا و إثباتا،و لو وقع الفعل من غیر الموصی بغیر اذنه،لم یقدح فی صحه الوصیه،لانتفاء المقتضی.

قالوا:و لو خلط الزیت بمماثله جنسا فان کان الغیر أجود فظاهرهم القطع بکونه رجوعا،لاشتمال حصته علی زیاده،و لم یحصل منه الرضا ببدلهما مع عدم إمکان فصلها،و ان خلطه بمساوئ أو أردی فالمفهوم من کلام بعضهم أنه لا یکون رجوعا،لبقاء المال و عدم اشتماله علی وصف مانع.

قال فی المسالک:و هو ظاهر مع المساواه،و مع الأردی یکون القدر الناقص من الوصف بمنزله إتلاف الموصی له،فیبقی الباقی علی الأصل انتهی،و أطلق جماعه من الأصحاب کون الخلط موجبا للرجوع،قال فی المسالک:و هو حسن مع

انضمام قرينه تدل عليه.

هذا كله فيما لو كان الموصى به معينا كهذه الحنطه و هذا الزيت،و نحو ذلك،أما لو كان مطلقا كأن يوصى له بأصواع من حنطه أو زيت أو نحو ذلك، ثم يطحن ما عنده فى بيته أو يمزج أو نحو ذلك فان ذلك لا يكون رجوعا،لعدم اختصاص الموصى به بذلك،بل لو لم يوجد ذلك عنده لوجب شراؤه،فلا يضر التغير فيما عنده،و أما أنه لو أوصى بخبز فدقه فنيتا لم يكن ذلك رجوعا،فعلل بأن هذا الفعل لا يدل على الرجوع،إلا بالقرينه،مضافا الى أصاله بقائها على حالها،و علل أيضا ببقاء اسم الخبز.

قال فى المسالك:و فيه نظر،و لم يبين وجهه،نعم لو استفيد من القرائن إراده الرجوع به عمل بها،و نقل عن القواعد أنه استشكل الحكم فى ذلك و ألحق بذلك جعل القطن محشوا فى فراش و تجفيف الرطب تمرا و تقديد اللحم.

قيل و وجه الاشكال ما تقدم،و من دعوى أن ظاهر هذه الأفعال يؤذن بالاستيثار بها،فالظاهر أن الأقرب فى ذلك ما تقدم نقله عن المسالك من أن هذه الأمور غير مفيده للرجوع إلا مع القرينه،كل ذلك مع التعيين كما تقدم،و أما مع الإطلاق فلا،بل يجب تحصيل غيره،و لو من غير التركه،هذا ملخص كلامهم فى المقام،و الله العالم.

## المقصد الثانى فى الموصى:

### اشاره

و الكلام يقع فيه فى مقامات ثلاثه

### [المقام] الأول [فى بيان شرائط الموصى] :

اشترط جمله من الأصحاب فى الموصى الكمال بالبلوغ و العقل و رفع الحجر،و مقتضاه عدم صحه وصيه غير البالغ،و ان كان مميزا مع أن كثيرا من الأخبار دل على صحه المميز و ان لم يبلغ،و هو أحد الأقوال فى المسئله أيضا،و أما العقل فيخرج به المجنون و السكران،و الغير الرشيد كالسفيه،مع أن لهم فى السفيه اختلافا،فنقل فى

الـدروس عن المفيـد و سـلار و الحلبی عـدم نفوذ وصـیته إلا فی البر و المعروف،و عن ظاهر ابن حمزه عدم نفوذها مطلقا،و عن الفاضل أنه أنفـذها مطلقا تاره،و منعها مطلقا أخری،قال:و فی حکمه من جرح نفسه للموت،و أما رفع الحجر فیخرج به العبد،لأنه و ان قیـل بملکـه فهـو محجـور علیـه،کمـا تقــدم تحقیقـه فی کتـاب البـیع (1)قـال فی الـدروس:و لـو أعتـق ففی نفوذهـا قولاـن للفاضل،قال:و أولی بالنفوذ إذا علق الوصـیه علی حریته،هذا و أما ما وقع الخلاف فیه مما تقدمت الإشاره إلیه فتفصیل الکلام فی ذلک أنه قد سوغ الشـیخ فی النهایه،وصیه الصبی فی المعروف إذا کان له عشر سنین إذا کان وضع الشیء مواضعه،و مردوده فی غیر البر،و متی کان سـنه أقل من ذلک لم تجز وصـیته،قال:و قد روی أنه إذا کان ابن ثمان سنین جازت وصیته فی الشیء الیسیر فی أبواب البر،و الأـول أحوط و أظهر،و کـذا یجوز صـدقه الغلاـم إذا بلغ عشـر سـنین،و هبته و عتقه إذا کان بالمعروف فی وجه البر،و اما ما یکون خارجا عن ذلک فلیس بممضی علی حال، و بذلک قال ابن البراج.

و قال الشـیخ المفید:إذا بلغ الصبی عشر سنین جازت وصیته فی المعروف فی وجوه البر،و کذلک المحجور علیه لسفه إذا أوصی فی بر أو معروف جـاز وصـیته، و لم یکن لولیه الحجر علیه فی ذلـک،و لاـ تجوز وصـیه الصـبی و المحجور علیه فیمـا یخرج من وجوه البر و المعروف،و هبتهما باطله،و وقفهما و صدقتهما کوصیتهما جائزه إذا وقعا موقع المعروف.

و قال سلار:السفیه لا تمضی وصیته إلا فی وجوه البر و المعروف خاصه، و الصبی ان بلغ عشر سنین جازت وصیته أیضا فی البر و المعروف خاصه،و لا تمضی هبته و لا وقفه،و کذلک السفیه.

و قال أبو الصلاح:لا تمضی وصیه من لم یبلغ عشر سنین،و المحجور علیه



---

۱- ۱) ج ۱۹ ص ۳۹۷.

إلا ما تعلق بأبواب البر.

و قال ابن الجنيد:إذا أوصى الصبى و له ثمان سنين و الجاريه و لها سبع.

سنين بما يوصى به البالغ الرشيد جاز.

و قال ابن حمزه:انما تصح وصيه الحر البالغ كامل العقل أو فى حكمه، و نفاذ تصرفه فى ماله،و حكم كمال العقل يكون للمراهق الذى لم يضع الأشياء فى غير مواضعها،فان وصيته و صدقته و عتقه و هبته بالمعروف ماضيه دون غيرها.

و قال محمد بن إدريس:الذى يقتضيه أصول مذهبنا أن وصيه غير المكلف البالغ غير صحيحه،سواء كانت فى وجوه البر أو غير وجوه البر،و كذلك صدقته و عتقه و هبته،لان وجود كلام الصبى غير البالغ كعدمه،و لأنه بلا خلاف محجور عليه،غير ماض فعله فى التصرف فى أمواله بغير خلاف بين الأمه،و لقوله تعالى (۱)«وَ ابْتَلُوا الْيَتامىٰ حَتّٰى إِذٰا بَلَغُوا النِّكاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْداً فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوٰالَهُمْ» فأمرنا بالدفع للأموال إليهم بعد البلوغ،و هو فى الرجال الاحتلام أو الإنبات، أو خمس عشر سنه،و فى النساء الاحتلام أيضا أو الإنبات أو بلوغ تسع سنين،أو الحمل أو الحيض مع إيناس الرشد وحده،أن يكون مصلحا لماله،مصلحا لدينه و من أجاز شيخنا وصيته و عتقه و هبته ليس كذلك،

لقوله عليه السلام (۲)

«رفع القلم عن ثلاثه عن الصبى حتى يحتلم»، و رفع القلم عنه يدل على أنه لا حكم لكلامه،و انما هذه أخبار آحاد أوردها فى النهايه إيرادا.

أقول:و الواجب أولا-كما هى قاعدتنا فى الكتاب نقل جمله الروايات الوارده فى هذا الباب و الكلام فى ذلك بتوفيق الملك الوهاب،فمن الأخبار ما رواه

الصدوق فى الصحيح عن أبى عمير عن أبان عن عبد الرحمن بن أبى عبد الله (۳)قال:

«قال أبو عبد الله عليه السلام إذا بلغ الغلام عشر سنين جازت وصيته». و رواه الكلينى أيضا بسند غير نقى.

ص:۴۰۹

---

۱- ۱) سوره النساء-الآيه ۶.

۲- ۲) الوسائل ج ۱ ص ۳۲ الباب ۴ ح ۱۰.

۳- ۳) الفقيه ج ۴ ص ۱۴۵ ح ۵۰۱،الكافى ج ۷ ص ۲۸ ح ۱،الوسائل ج ۱۳ ص ۴۲۹ ح ۳.

و ما رواه

المشايخ الثلاثه بأسانيدهم عن زراره (۱)عن أبی جعفر علیه السلام قال:

« إذا أتی علی الغلام عشر سنین فإنه یجوز له فی ماله ما أعتق أو تصدق أو أوصی علی حد معروف و حق فهو جائز».

و ما رواه

الشیخ فی التهذیب فی الموثق عن منصور بن حازم (۲)

«عن أبی عبد الله علیه السلام قال سألته عن وصیه الغلام هل تجوز؟قال:إذا کان ابن عشر سنین جازت وصیته».

و عن عبد الرحمن بن أبی عبد الله فی الموثق (۳)

«عن أبی عبد الله علیه السلام قال:

إذا بلغ الصبی خمسه أشبار أکلت ذبیحته،و إذا بلغ عشر سنین جازت وصیته».

و عن أبی بصیر و أبی أیوب (۴)فی الموثق

«عن أبی عبد الله علیه السلام فی الغلام ابن عشر سنین یوصی؟قال:إذا أصاب موضع الوصیه جازت».

و ما رواه

المشایخ الثلاثه(عطر الله تعالی مراقدهم)فی الصحیح عن محمد بن مسلم (۵)قال:

«سمعت أبا عبد الله علیه السلام یقول:ان الغلام إذا حضره الموت فأوصی و لم یدرک جازت وصیته،لأولی الأرحام،و لم تجز للغرماء».

و عن أبی بصیر (۶)فی الصحیح و الظاهر أنه المرادی

«عن أبی عبد الله علیه السلام قال:إذا بلغ الغلام عشر سنین فأوصی بثلث ماله فی حق جازت وصیته،فإذا کان ابن سبع سنین فأوصی من ماله بالیسیر فی حق جازت وصیته».

و ما رواه

الشیخ فی التهذیب فی الموثق عن محمد بن مسلم (۷)عن

۱- ۱) الکافی ج ۷ ص ۲۸ ج ۱،التهذیب ج ۹ ص ۱۸۱ ح ۷۲۹،الفقیه ج ۴ ص ۱۴۵ ح ۵۰۲.

۲- ۲) التهذیب ج ۹ ص ۱۸۲ ح ۷۳۰،الوسائل ج ۱۳ ص ۴۲۹ ح ۳ و ۴ و ص ۴۳۰ ج ۷.

۳- ۳) التهذیب ج ۹ ص ۱۸۱ ح ۷۲۶.

۴- ۴) التهذیب ج ۹ ص ۱۸۱ ح ۷۲۷.

۵- ۵) التهذیب ج ۹ ص ۱۸۱ ج ۷۲۸.الکافی ج ۷ ص ۲۸ ج ۲.

۶- ۶) التهذیب ج ۹ ص ۱۸۲ ح ۷۳۲،الفقیه ج ۴ ص ۱۴۵ ح ۵۰۳. و هذه الروایات فی الوسائل ج ۱۳ ص ۴۲۹ ح ۵ و ۶ و ص ۴۲۸ ح ۱ و ۲.

۷- ۷) التهذیب ج ۹ ص ۱۸۲ ح ۷۳۳،الوسائل ج ۱۵ ص ۳۲۵ ح ۵.

أحدهما عليهما السلام قال: يجوز طلاق الغلام إذا كان قد عقل،و وصيته و صدقته و ان لم يحتلم».

هذا ما حضرنى من أخبار المسئله و هى ظاهره الدلاله فيما ذكره المشايخ المتقدم ذكرهم،و هو ظاهر الصدوق(قدس سره)أيضا حيث نقله جمله منها فى كتابه من غير تعرض لردها،و لا الطعن فيها بوجه،و به يظهر ضعف ما ذكره ابن إدريس و ما تعلق به من الأدله الداله على الحجر على الصبى حتى يبلغ،يمكن تخصيصها بهذه الأخبار،فإنها مع تعددها و صحه أكثرها و روايه المشايخ الثلاثه لها و قول الطائفه بها لا يمكن التجاسر على ردها و إطراحها بالكليه،كما هو مقتضى كلامه،و لكنه صحيح على أصله الغير الأصيل،و قاعدته المخالفه لما عليه كافه العلماء جيلا بعد جيل.

و ظاهر العلامه فى المختلف الميل الى مذهب ابن إدريس هنا،و ان لم يصرح باختياره،حيث قال بعد نقل ما قدمنا من الأقوال،و نقل جمله من روايات المسئله ما لفظه:و هذه الروايات و ان كانت متظافره،و الأقوال مشهوره،لكن الأحوط عدم إنفاذ وصيته مطلقا حتى يبلغ،لعدم مناط التصرف فى المال عنه،انتهى.

و الى ذلك يميل أيضا كلام شيخنا الشهيد الثانى فى المسالك،بل ربما ظهر منه اختياره حيث قال:و ابن إدريس سد الباب و اشترط فى جواز الوصيه البلوغ كغيرها و نسبه الشهيد فى الدروس الى التفرد بذلك،و لا ريب أن قوله هو الأشبه لأن هذه الروايات التى دلت على الحكم و ان كان بعضها صحيحا إلا انها مختلفه، بحيث لا يمكن الجمع بينها،و إثبات الحكم المخالف للأصل بها مشكل،انتهى.

أقول:لا يخفى على المتأمل فى هذه الأخبار و هى أخبار المسئله كملا أنه متى ضم بعضها الى بعض مطلقها الى مقيدها،و مجملها الى مفصلها،و عامها الى خاصها، فإنه ينتج منها جواز وصيه ابن عشر سنين،إذا كان ذا تمييز:و كانت وصيته موافقه لوصيه العقلاء من وضع الأشياء مواضعها،و هو المشار إليه بالوصيه بالمعروف

یعنی بین العقلاء،و هـذا أمر متفق علیه منها،باعتبار ما قلناه من ضم بعضـها الی بعض،و اختلافها فی ما عـدا ذلک لا یوجب ردها فیما اتفقت فیه.

و بذلک یظهر ما فی قوله أنها مختلفه لا یمکن الجمع بینها،فإنه علی إطلاقه ممنوع،و ممن قال بالقول المشهور و جزم به المحقق و شیخنا الشهید.

و أما ما ذکره فی المختلف من أن الأحوط عدم إنفاذ وصیته مطلقا،فإنه قد اعترضه شیخنا الشهید فی شرح الإرشاد بأن الاحتیاط للوارث مع عـدم الحجر علیه إنفاذهـا،اللهم إلاـ إن یریـد بـذلک أن الأحوط للموصـی له أن لا یقبل وصـیه الصبی و فیه بعـد،مع إمکـان کون الوصـیه فی جهه عـامه أو لطفل مولی علیه،فلا یتصور الاحتیاط هنا،و ان أراد به معنی آخر فلا بـد من افادته،و اقامه الدلیل علیه.

و بالجمله فالإقدام علی رد ما تظاهرت به الفتوی و اشتهرت به الروایه من طریق أهل البیت علیهم السلام مشکل،انتهی و هو جید نفیس.

و أما ما تقدم نقله عن الدروس من الخلاف فی السفیه بما ذکره،فلم أقف له فی الأخبار علی أثر.

و أما ما تقدم نقله عن ابن الجنید،فالظاهر أن مستنده فیه

روایه الحسن بن راشد (۱)عن العسکری علیه السلام قال:

إذا بلغ الغلاـم ثمـانی سـنین فجـائز أمره فی ماله و قـد وجب علیه الفرائض و الحـدود،و إذا تم للجاریه سـبع سـنین فکـذلک،. و ظاهرها هو حصول البلوغ لکل من الصبی و الصبیه ببلوغ الثمان و السـبع،و هو مخالف لإجماع المسلمین و أخبارهم،و ابن الجنید هنا اقتصـر علی الوصـیه.و لا وجه لتخصیصـها بالـذکر،فإنه ان عمل بالروایه وجب علیه القول بجمیع ما اشـتملت علیه،و ان خالف إجماع المسلمین و اخبارهم،و إلا فالواجب طرحها و إرجاعها إلی قائلها، و الله العالم.



---

۱- ۱) التهذیب ج ۹ ص ۱۸۳ ح ۷۳۶،الوسائل ج ۱۳ ص ۳۲۱ ح ۴.

### المقام الثانی [فی عدم نفوذ وصیه من جرح نفسه بما فیه هلاکه] :

قد صرحوا بأنه لو جرح الوصی نفسه بما فیه هلاکها ثم أوصی،فإنه لا تقبل وصیته،و لو أوصی قبل ذلک قبلت،و تدل علی ذلک

صحیحه أبی ولاد (۱)المرویه بطرق المشایخ الثلاثه(قدس الله أرواحهم) قال:

«سمعت أبا عبد الله علیه السلام یقول:من قتل نفسه متعمدا فهو فی نار جهنم خالدا فیها،قیل له:

أ رأیت ان کان أوصی بوصیه ثم قتل نفسه متعمدا من ساعته تنفذ وصیته؟قال:

فقال:ان کان أوصی ان یحدث حدثا فی نفسه من جراحه أو فعل لعله یموت، أجیزت وصیته فی الثلث و ان کان أوصی بوصیه بعد ما أحدث فی نفسه من جراحه أو فعل لعله یموت لم تجز وصیته». و هی مع صحه سندها صریحه فی المراد،و ما ذکرناه من بطلان الوصیه إذا وقعت بعد الفعل المذکور،هو المشهور بین الأصحاب (رضی الله عنهم)و به صرح الشیخان و أبو الصلاح و ابن البراج،و نقله ابن الجنید روایه عن الصادق علیه السلام و قال ابن إدریس:الذی یقتضیه أصولنا و تشهد بصحته أدلتنا أن وصیته ماضیه صحیحه إذا کان عقله ثابتا علیه.

و احتج فی المختلف علی القول المشهور زیاده علی الصحیحه المذکوره، قال لنا:أنه سفیه فلا ینفذ تصرفه،و لأنه فی حکم الأموات،فلا یتصرف فی مال غیره،و لأنه قاتل نفسه،فلا یتصرف فی ماله،کالوارث لو قتله منع منه.

و اعترضه فی المسالک:فقال:و الکل ضعیف،أما السفه فلأن الفرض انتفائه و ثبوت رشده،و ان اشترطنا انتفائه فی غیره،و من الجائز أن یفعل بنفسه ذلک لعارض ثم یرجع الیه رشده لو فرض زوال حالته،و أما عدم استقرار حیاته فیکون فی حکم المیت فلیس بشرط،و الأصل یقتضی نفوذ تصرف الحی العاقل الجامع لباقی الشرائط مطلقا،و النصوص الداله علی نفوذ المریض مطلقا متناوله له،



---

۱- ۱) التهذیب ج ۹ ص ۲۰۷ ح ۸۲۰ و فیه«قلت له»،الفقیه ج ۴ ص ۱۵۰ ح ۵۲۲ و لیس فیهما«لعله یموت»،الکافی ج ۷ ص ۴۵ ح ۱،الوسائل ج ۱۳ ص ۴۴۱ الباب ۵۲.

و القياس على عدم حل المذبوح حينئذ لأنه بمنزله الميت فاسد،ان سلم الأصل و سيأتى ان شاء الله تعالى ما فيه فى بابه،و من ثم وجبت الديه على قاتله فى هذه الحاله، و حكم اللحم حكم آخر،و أما حديث منع القاتل عن الميراث و جعل الوصيه كالميراث فواضح الفساد،فلم يبق إلا العمل بالنص الصحيح ان اقتضاه أصل المعنى،أو رده بأحد الوجوه المقتضيه له،ككونه آحادا أو مخالفا للأصول كما اختاره ابن إدريس(رحمه الله عليه)محتجا على الصحه بأنه حى عاقل مكلف،و بالنهى عن تبديل الوصيه بعد سماعها بالقرآن الذى هو حجه المتناول بعمومه لمحل النزاع، أو بمنع تخصيص القرآن بخبر الواحد.و لكلام ابن إدريس وجه وجيه،و ان كان الوقوف مع المشهور و العمل بالنص الصحيح أقوى،انتهى كلامه زيد مقامه.

أقول:ما ذكره فى رد الوجوه العقليه التى استدل بها العلامه جيد،و انما الكلام فى قوله نقل حجه ابن إدريس:و لكلام ابن إدريس وجه وجيه،و بنحو ذلك أيضا صرح فى المختلف بعد نقل حجه ابن إدريس المذكوره،فقال:و قول ابن إدريس(رحمه الله عليه)لا بأس به.

و أنت خبير بأن مرجع ترجيحها لمذهب ابن إدريس فى هذه المسئله و فى سابقتها الى أن مذهب ابن إدريس هو الأوفق بالأصول و الآيات القرآنيه،و لهذا ان شيخنا المذكور فى الروضه فى المسئله السابقه قال:ان قول المشهور مستند الى روايات متضافره،بعضها صحيح،إلا أنها مخالفه لأصول المذهب و الاحتياط، و فيه أنه لا يخفى على المتتبع للأحكام أن ما ذكروه هنا لا خصوصيه له بهذا المقام، و نظائره فى الأحكام أكثر من أن يأتى عليه قلم الإحصاء،أو يدخله العد و الاستقصاء،و ها أنا أذكر لك ما خطر بالبال العليل مما هو من هذا القبيل،فمن ذلك مسئله الحبوه فقد دلت الآيات و الروايات على أن ما خلفه الميت يكون ميراثا لجميع الورثه،مع أنهم قد عملوا بأخبار الحبوه،و خصصوا بها تلك الأدله من الآيات و الروايات،و من ذلك ميراث الزوجه فإنهم قد اتفقوا على حرمانها من

بعض الترکه،و ان اختلفوا فی ذلک زیاده و نقصانا،مع دلاله الآیات و الروایات علی میراثها من جمیع ما یخلفه المیت،مع أنهم قد خصصوا تلک الأدله بهذه الروایات،و من ذلک من عقد علی امرأه،و مات فی مرضه قبل الدخول بها،فان مقتضی الأصول من الآیات و الروایات أنها ترثه،لأنها زوجه بلا خلاف،مع أن صحیح زراره (۱)قد دل علی المنع من ذلک،فقالوا بمضمونه و خصصوا به تلک الأدله،و هی روایه واحده،و ان کانت صحیحه کما هو فی الموضع الثانی من هذین الموضعین.

و من ذلک ما إذا طلق الرجل امرأه فی مرضه الذی مات فیه،فإنها ترثه إلی سنه،و ان خرجت من العده أو کان الطلاق بائنا ما لم یبرأ من مرضه،أو تتزوج فإن مقتضی الأصول کتابا و سنه،أنها بعد الخروج من العده أو کون الطلاق بائنا تکون أجنبیه لا سبب و لا نسب بینها و بینه،فکیف ترثه مع ان الروایه (۲)قد دلت علی الإرث کما عرفت،و قالوا بمضمونها مع أنها أشد شیء فی الخروج عن قواعد المذهب.

و من ذلک أخبار التخییر فی المواضع الأربعه،فإن مقتضی الأصول من الآیات و الروایات وجوب التقصیر علی المسافر کائنا ما کان،مع أنهم قد خصصوا بهذه الأخبار،و لهذا صارت أخبار هذه المسئله مثل أخبار الحبوه من خواص مذهب الشیعه الی غیر ذلک من المواضع،و هؤلاء الأفاضل من جمله من قال بما ذکرناه فی هذه المسائل،و لم ینکر ذلک کما أنکره هنا،و الجمیع کما عرفت من باب واحد.

و بذلک یظهر لک ضعف ما ذهب الیه ابن إدریس و من تبعه،و موضع الخلاف فیما إذا تعمد ذلک کما هو صریح الصحیحه المتقدمه،و کذا کلام الأصحاب،



---

۱- ۱) الکافی ج ۶ ص ۱۲۳ ح ۱۲.
۲- ۲) الکافی ج ۷ ص ۱۳۴ ح ۵. و هما فی الوسائل ج ۱۷ ص ۵۳۷ ح ۳ و ص ۵۳۳ ح ۲.

فلو وقع ذلک عن خطأ أو سهو لم تمتنع وصیته إجماعا،کما نقله فی الروضه.

### المقام الثالث [حکم الوصیه بالولایه] :

المشهور بین الأصحاب(رضی الله عنهم)أنه لا تصح الوصیه بالولایه علی الأطفال إلا من الأب أو الجد للأب خاصه،و قال ابن الجنید:الأب الرشید أولی بأمر ولده الأطفال من کل أحد،و کذا الأم الرشیده بعده،و هو ظاهر فی أن لها الولایه کالأب إذا کانت رشیده،و رده الأصحاب بالضعف و الشذوذ.

قال فی المسالک:لما کانت الولایه علی الغیر من الأحکام المخالفه للأصل، إذ الأصل عدم جواز تصرف الإنسان فی مال غیره بغیر اذنه أو ما فی معناه،وجب الاقتصار فی نصب الولی علی الأطفال علی محل النص أو الوفاق،و هو نصب الأب أو الجد له،فلا یجوز للحاکم و ان کان ولیا علیهم،ان ینصب بعده علیهم ولیا،لأن ولایته مقصوره علیه حیا،فإذا مات ارتفع حکمه،و ان جاز له أن یوکل حیا علیهم، لأن له الولایه حینئذ،و یشمل إطلاق المنع من تولیه غیرهما الوصی من أحدهما، فلیس له أن یوصی علیهم بالولایه مع عدم نصهما علی ذلک علی أصح القولین، و سیأتی ان شاء الله تعالی،أما مع النص فتولیه الوصی فی معنی تولیه أحدهما، لصدوره عن اذنه کما جازت ولایه الوصی ابتداء عنهما.

ثم أنه بعد ذلک أشار الی خلاف ابن الجنید الذی قدمنا ذکره،حیث ان المصنف أفرده بالذکر،فقال:و لا ولایه للأم،و لا یصح منها الوصیه علیهم،فقال الشارح:و انما خص الأم بالذکر بعد دخولها فی السابق لإثبات ابن الجنید (رحمه الله علیه)الولایه لها مع رشدها بعد الأب،و هو شاذ.

أقول:و مما فرعوا علی الکلام المتقدم و هو أن الولایه علی الصغار مخصوصه بالأب و الجد له و ان علا،دون غیرهما ما لو أوصت الأم أو أحد الأقارب لطفل بمال و نصب قیما یصرف المال علی الطفل المذکور فی مصالحه و ما یحتاج إلیه،فإن للأب أو الجد انتزاعه عن ذلک القیم،بمعنی أن الوصیه بالمال صحیحه،و لکن نصب القیم باطل،لأن ولایه الأب و الجد شرعیه،فلا یعارضها وصیه ذلک الوصی.

قال فی الـدروس:و لا ولایه للأم علی الأطفال،فلو نصـبت علیهم ولیا لغی، و لو أوصت لهم بمال،و نصـبت علیه قیما لهم صح فی المال خاصه،ثم نقل قول ابن الجنید،و سیأتی ان شاء الله تعالی ما یزید المقام تحقیقا.

## المقصد الثالث فی الموصی به:

### اشاره

و فیه مسائل

### [المسأله] الأولی [ما یعتبر فی الموصی به] :

الموصـی به قد یکون جنسا،و قد یکون منفعه موجودا بالفعل،کالولد و الثمره الموجوده فی الحال،أو مظنون الوجود کالحمل،أو مشـکوک فیه کالآبق،و الطیر فی الهواء و السـمک فی المـاء،أو موجودا بالقوه کما تحمله الأمه أو الـدابه أو الشـجره،أو موجودا علی التدریج کسکنی الدار،فإن الوصیه بجمیع ذلک نافذه عند الأصحاب،کما صرح به فی الدروس.

و کیف کان فإنه یعتبر فیهما الملک بالنظر الی الموصی و الموصی له،فلا تصح الوصیه بالخمر أو الخنزیر،و لا کلب الهراش و لا الحر،و لا الحشـرات و لا الفضـلات،لعدم المملوکیه فی الجمیع بالنسـبه إلی المسـلم،و ان جاز إقرار الکافر علی وصـیته بالخمر و الخنزیر لمثله،و کذا لا تصح الوصیه بما لا ینتفع به کحبه من حنطه و نحوها.

قیـل:و احترز بکلب الهراش عن الکلاـب الأربعه و الجرو القابل للتعلیم، فتصـح الوصـیه بها،لکونها مملوکه،لها قیمه و منفعه کما ذکره جمله من الأصحاب کالشهیدین و غیرهما.

أقول:قـد تقـدم فی کتاب التجاره تحقیق الکلام فی هذا المقام (1)،و قد أوضـحنا أنه لا یجوز البیع و لا التملک بشـیء من أفراد الکلاب إلا کلب الصـید خاصه،کما هو أحد الأقوال فی المسـئله،و أما ما عداه فلا دلیل علیه من الأخبار، إلا أنهم ألحقوا به هذه الکلاب الباقیه لعله المشارکه فی الانتفاع،و فیه ما لا یخفی.



---

۱- ۱) ج ۱۸ ص ۷۹.

و اما السباع فالظاهر جواز الوصيه بها،لحصول الانتفاع بجلودها و ريشها، و المراد بما لا ينتفع به يعنى نفعا معتدا به فى نظر العقلاء بحيث يكون متمولا فلا تصح الوصيه بحبه من حنطه و نحوها،كما لا يصح بيعه و لا المعاوضه به،و فى ذكر قيد الانتفاع بعد الملك الراجع الى تقييد الملك بذلك إشاره الى ما هو الظاهر من كون نحو الحبه من الحنطه مملوكا حتى لا يجوز غصبها من المالك، و ان لم تجز المعاوضه عليها،لعدم التمول.

[المسأله] الثانيه [فى اشتراط أن لا يكون الموصى به زائدا عن الثلث إلا مع إجازه الورثه] :

المشهور أنه يتقدر الموصى به بقدر ثلث التركه فما دون،فلو أوصى بما زاد بطل فى الزائد إلا مع اجازه الوارث.

و نقل العلامه فى المختلف و من تأخر عنه عن الشيخ على بن بابويه نفوذ الوصيه من الأصل مطلقا،قال فى المختلف:و قال على بن بابويه(رحمه الله عليه):

فان أوصى بالثلث فهو الغايه فى الوصيه،فإن أوصى بماله كله فهو أعلم و ما فعله، و يلزم الوصى إنفاذ وصيته على ما أوصى،انتهى.

أقول:أما ما ذكروه(رضى الله عنهم)من التقدير بالثلث،فهو مدلول جمله من الأخبار.

و منها ما رواه

فى التهذيب عن على بن عقبه (۱)

«عن أبى عبد الله عليه السلام«قال:

سألته عن رجل حضره الموت فأعتق مملوكا له ليس له غيره،فأبى الورثه أن يجيزوا ذلك،كيف القضاء فيه؟قال:ما يعتق منه إلا ثلثه،و سائر ذلك،الورثه أحق بذلك،و لهم ما بقى».

و عن محمد بن مسلم (۲)

«عن أبى جعفر عليه السلام فى رجل أوصى بأكثر من الثلث و أعتق مملوكه فى مرضه فقال:ان كان أكثر من الثلث رد الى الثلث و جاز العتق».



---

۱- ۱) التهذيب ج ۹ ص ۱۹۴ ح ۷۸۱.الوسائل ج ۱۳ ص ۳۶۵ ح ۴.

۲- ۲) التهذيب ج ۹ ص ۲۱۹ ح ۸۵۹.الوسائل ج ۱۳ ص ۴۵۹ ح ۴.

و عن السکونی (۱)

«عن جعفر عن أبیه عن علی علیه السلام قال:ان رجلا أعتق عبدا له عند موته لم یکن له مال غیره،قال:سمعت رسول الله(صلی الله علیه و آله و سلم)یقول:یستسعی فی ثلثی قیمته للورثه».

و عن الحسین بن محمد الرازی (۲)قال:

«کتبت الی أبی الحسن علیه السلام الرجل یموت فیوصی بماله کله فی أبواب البر،و بأکثر من الثلث هل یجوز ذلک له؟ و کیف یصنع الوصی؟فکتب علیه السلام تجاز وصیته ما لم یتعد الثلث».

و ما رواه

فی الکافی و التهذیب عن أبی بصیر (۳)

«عن أبی عبد الله علیه السلام قال:

ان أعتق رجل عند موته خادما له ثم أوصی بوصیه أخری ألغیت الوصیه،و أعتق الخادم من ثلثه،إلا أن یفضل من الثلث ما یبلغ الوصیه».

و ما رواه

المشایخ الثلاثه(نور الله تعالی مراقدهم)عن حمران (۴)

«عن أبی جعفر علیه السلام فی رجل أوصی عند موته و قال أعتق فلانا و فلانا و فلانا حتی ذکر خمسه،فنظرت فی ثلثه فلم یبلغ أثمان قیمه الممالیک الخمسه التی أمر بعتقهم، قال:ینظر الی الذین سماهم و یبدأ بعتقهم فیقومون و ینظر الی ثلثه فیعتق منه أول شیء ثم الثانی ثم الثالث ثم الرابع ثم الخامس و ان عجز الثلث کان ذلک فی الذی سمی أخیرا لأنه أعتق بعد مبلغ الثلث ما لا یملک فلا یجوز له ذلک». و فی هذا الخبر کما تری تصریح بأنه لا یملک فی الوصیه زیاده عن الثلث فمن أجل ذلک تبطل الوصیه فی الزائد.

و ما رواه

فی التهذیب فی الصحیح عن أحمد بن محمد بن عیسی عن العباس بن معروف (۵)قال:

«کان لمحمد بن الحسن بن أبی خالد غلام لم یکن به بأس

۱- ۱) التهذیب ج ۸ ص ۲۲۹ ح ۸۲۸.

۲- ۲) التهذیب ج ۹ ص ۱۹۵ ح ۷۸۴.

۳- ۳) التهذیب ج ۹ ص ۱۹۷ ح ۷۸۶،الکافی ج ۷ ص ۱۷ ح ۲.

۴- ۴) التهذیب ج ۹ ص ۱۹۷ ح ۷۸۸،الکافی ج ۷ ص ۱۹ ح ۱۵،الفقیه ج ۴ ص ۱۵۷ ح ۵۴۵.

۵- ۵) التهذیب ج ۹ ص ۱۹۸ ح ۷۹۰. و هذه الروایات فی الوسائل ج ۱۶ ص ۷۶ ح ۵ و ج ۱۳ ص ۳۶۵ ح ۵ و ص ۴۵۸ ح ۳ و ص ۴۵۷ ح ۱ و ص ۳۶۶ ح ۷.

عارف يقال له ميمون،فحضره الموت فأوصى الى أبى الفضل العباس بن معروف بجميع ميراثه و تركته أن أجعله دراهم و أبعث بها الى أبى جعفر الثانى عليه السلام و ترك أهلا حاملا و اخوه قد دخلوا فى الإسلام،و أما مجوسيه،قال:ففعلت ما أوصى به و جمعت الدراهم،و دفعتها الى محمد بن الحسن،و عزم رأيى أن أكتب اليه بتفسير ما أوصى به الى،و ما ترك الميت من الورثه،فأشار الى محمد بن بشير و غيره من أصحابنا أن لا أكتب بالتفسير و لا أحتاج اليه،فإنه يعرف ذلك من غير تفسيرى،فأبيت إلا أن أكتب اليه بذلك على حقه و صدقه،فكتبت و حصلت الدراهم و أوصلتها إليه عليه السلام فأمره أن يعزل منها الثلث،يدفعها اليه،و يرد الباقى على وصيه يردها على ورثته».

و ما رواه

فى التهذيب عن العباس بن معروف (۱)قال:

«مات غلام محمد بن الحسن و ترك أختا و أوصى بجميع ماله له عليه السلام قال:فبعنا متاعه فبلغ ألف درهم و حمل الى أبى جعفر عليه السلام»قال:و كتبت اليه و أعلمته أنه أوصى بجميع ماله له، قال:فأخذ ثلث ما بعثت به اليه،ورد الباقى و أمرنى أن أدفعه الى وارثه».

و عن العباس عن بعض أصحابنا (۲)قال:

«كتبت اليه:جعلت فداك أن امرأه أوصت الى امرأه و دفعت إليها خمسمائه درهم،و لها زوج و ولد فأوصتها أن تدفع سهما منها الى بعض بناتها،و تصرف الباقى الى الامام فكتب عليه السلام:تصرف الثلث من ذلك الى،و الباقى يقسم على سهام الله عز و جل بين الورثه»». الى غير ذلك من الأخبار.

و أما أنه مع اجازه الورثه تجوز الوصيه بالزياده على الثلث،فتدل عليه أيضا جمله من الأخبار منها ما رواه

الشيخ عن ابن رباط عن منصور بن حازم (۳)قال:

«سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل أوصى بوصيه أكثر من الثلث و ورثته



---

۱- ۱) التهذيب ج ۹ ص ۲۴۲ ح ۹۳۷.الوسائل ج ۱۳ ص ۳۶۶ ح ۸.
۲- ۲) التهذيب ج ۹ ص ۲۴۲ ح ۹۳۸.الوسائل ج ۱۳ ص ۳۶۶ ح ۹.
۳- ۳) التهذيب ج ۹ ص ۱۹۳ ح ۷۷۶.الوسائل ج ۱۳ ص ۳۷۲ ح ۲.

شهود،فأجازوا ذلک له،قال:جائز قال ابن رباط و هذا عندی علی أنهم رضوا بذلک فی حیاته و أقروا به».

و ما رواه

المشایخ الثلاثه فی الصحیح عن محمد بن مسلم (۱)

«عن أبی عبد الله علیه السلام فی رجل أوصی بوصیه و ورثته شهود،فأجازوا ذلک،فلما مات الرجل نقضوا الوصیه،هل لهم أن یردوا ما أقروا به؟قال:لیس لهم ذلک،الوصیه جائزه علیهم إذا أقروا بها فی حیاته».

و ما رواه المشایخ الثلاثه(عطر الله تعالی مضاجعهم)فی الصحیح عن منصور بن حازم (۲)عن أبی عبد الله علیه السلام مثله.

و ما رواه

المشایخ المذکورون عن أحمد بن عیسی (۳)قال:

«کتب أحمد بن إسحاق الی ابی الحسن علیه السلام ان دره بنت مقاتل توفیت و ترکت ضیعه أشقاصا فی موضع و أوصت لسیدها فی أشقاصها بما یبلغ أکثر من الثلث،و نحن أوصیائها و أحببنا أن ننهی ذلک إلی سیدنا،فإن أمر بإمضاء الوصیه علی وجهها أمضیناها و ان أمر بغیر ذلک انتهینا إلی أمره فی جمیع ما یأمر به ان شاء الله تعالی،فکتب علیه السلام بخطه:لیس یجب لها من ترکتها إلا الثلث فان تفضلتم و کنتم الورثه کان جائزا لکم ان شاء الله تعالی».

و ما نقل عن الشیخ علی بن الحسین بن بابویه،فإن العلامه فی المختلف قد نقل عنه أنه احتج علی ذلک

بروایه عمار الساباطی (۴)

«عن الصادق علیه السلام قال:

الرجل أحق بماله ما دام فیه الروح،ان أوصی به کله فهو جائز له».



---

۱- ۱) التهذیب ج ۹ ص ۱۹۳ ح ۷۷۵،الفقیه ج ۴ ص ۱۴۷ ح ۵۱۲،الکافی ج ۷ ص ۱۲ ح ۱ الوسائل ج ۱۳ ص ۳۷۱ ح ۱.

۲- ۲) التهذیب ج ۹ ص ۱۹۳ ح ۷۷۶،الفقیه ج ۴ ص ۱۴۸ ح ۵۱۳،الکافی ج ۷ ص ۱۲ ح ۱ الوسائل ج ۱۳ ص ۳۷۱ ح ۱.

۳- ۳) التهذیب ج ۹ ص ۱۹۲ ح ۷۷۲،الفقیه ج ۴ ص ۱۳۷ ح ۴۸۰،الکافی ج ۷ ص ۱۰ ح ۲.الوسائل ج ۱۳ ص ۳۶۴ ح ۱.

۴- ۴) التهذیب ج ۹ ص ۱۸۶ ح ۱.الوسائل ج ۱۳ ص ۳۷۰ ح ۱۹.

ثم قال فی المختلف:و الروایه ضعیفه،و المطلوب مستبعد،و الأحادیث الصحیحه معارضه لهذه الروایه،مع أن الشیخ تأولها علی من لا-وارث له،أو علی ما إذا أجاز الورثه،و مع ذلک فهی قاصره عن افاده المطلوب،فانا نقول بموجبها فان المریض أحق بماله ما دام فیه الروح یفعل به ما یشاء فی حیاته،و إذا أوصی به کله جاز،فإن أجاز الورثه بعد ما أوصی به،و إلا فسخت الوصیه فی الثلثین،

و قد روی ابنه فی المقنع (1)

«أن الصادق علیه السلام سئل عن رجل أوصی بماله فی سبیل الله عز و جل،فقال:أطلقه الی من أوصی له به،و ان کان یهودیا أو نصرانیا فان الله عز و جل (2)یقول «فَمَنْ بَدَّلَهُ بَعْدَ مٰا سَمِعَهُ فَإِنَّمٰا إِثْمُهُ عَلَی الَّذِینَ یُبَدِّلُونَهُ،إِنَّ اللّٰهَ سَمِیعٌ عَلِیمٌ» . ثم قال عقیب هذه الروایه،ماله هو الثلث،لأنه لا مال للمیت أکثر من الثلث»،انتهی.

أقول:لا یخفی علی من وقف علی ما قدمناه فی کتب العبادات فی مواضع عدیده من أن الشیخ علی بن بابویه(قدس سره)أکثر ما نذکره سیما من الفتوی الغریبه انما هو مأخوذ من کتاب الفقه الرضوی،و ان کان علی خلاف ما تکاثرت به الأخبار،و هذا الموضع من جمله ذلک،فان عبارته المذکوره عین عباره الکتاب

حیث قال علیه السلام فی الکتاب المذکور (3)

«فإن أوصی رجل بربع ماله فهو أحب الی من ان اوصی بالثلث،

فإن أوصی بالثلث فهو الغایه فی الوصیه،

فإن أوصی بماله کله فهو أعلم بما فعله و یلزم الوصی إنفاذ وصیته علی ما اوصی به»، انتهی.

و أنت خبیر-بأن اعتماد هذا الشیخ الجلیل علی الفتوی بعبائر الکتاب مع مخالفتها للأخبار الکثیره کما هنا،و قد تقدم أمثاله أیضا فی غیر موضع-أدل دلیل علی اعتماده علی الکتاب المذکور،و جزمه بأنه کلامه علیه السلام،و لکن متأخری



---

1- 1) المستدرک ج 2 ص 524 الباب 31 ح 3.

2- 2) سوره البقره-الایه 181.

3- 3) المستدرک ج 2 نقل صدره فی ص 519 فی باب 8 ح 2 و ذیله فی ص 520 فی باب 9 ح 6.

أصحابنا(رضوان الله عليهم)حيث لم يصل الكتاب إليهم تكلفوا للاستدلال له ببعض الأخبار،و اعترضوا عليها كما هنا بعدم الدلاله أو بنحو ذلك،و هو غفله عما ذكرناه مما وفقنا الله اليه،و يسر لنا الوقوف عليه.

### المسئله الثالثه [فی الوصیه بالمضاربه بترکته] :

#### اشاره

قد صرح الأصحاب(رضی الله عنهم)بأنه لو أوصی بالمضاربه بترکته أجمع أو بعضها علی أن نصف الربح للوارث،و نصفا للعامل صح،و ظاهر هذا الکلام إنما صحه الوصیه بالمضاربه علی الوجه المذکور،أعم من أن یکون الورثه کلهم من البالغین المکلفین،أو الأطفال أو المجانین،أو من القسمین معا.

و الذی وقفت علیه من الأخبار المتعلقه بذلک ما رواه

فی الکافی عن محمد

ص :۴۳۱

بن مسلم (۱)فی الموثق «عن أبی عبد الله علیه السلام أنه سئل عن رجل أوصی الی رجل بولده و بمال لهم،و أذن له عند الوصیه أن یعمل بالمال و أن یکون بینه و بینهم، فقال:لا بأس به من أجل أن أباه قد أذن له فی ذلک و هو حی».

و رواه الشیخان الآخران أیضا عن خالد بن بکیر الطویل (۲)قال:

« دعانی أبی حین حضرته الوفاه فقال یا بنی:اقبض مال إخوتک الصغار و اعمل به، و خذ نصف الربح و أعطهم النصف،و لیس علیک ضمان،فقدمتنی أم ولد أبی الی ابن أبی لیلی،أن هذا یأکل أموال ولدی قال:فاقتصصت علیه ما أمرنی به أبی فقال:ابن أبی لیلی ان کان أبوک أمرک بالباطل لم أجزه،ثم أشهد علی ابن أبی لیلی إن أنا حرکته فانا له ضامن،فدخلت علی أبی عبد الله علیه السلام فقصصت علیه قصتی،ثم قلت له:ما تری؟فقال:اما قول ابن أبی لیلی فلا أستطیع رده،و أما فیما بینک و بین الله عز و جل،فلیس علیک ضمان».

رواه فی الکافی و التهذیب فی الصحیح أو الحسن الی خالد بن بکیر المذکور و هو مجهول،و صریح الروایه الثانیه،و ظاهر الروایه الأولی کون المال المذکور للأطفال،لأن ظاهر قوله فی الأولی«أوصی الی رجل بولده و بمالهم»أی جعله قیما علیهم و ولیا یقوم بتدبیرهم،و هو ظاهر فی کونهم صغارا کما لا یخفی،و لأن الوصیه بالبالغ غیر صحیحه،و إطلاق الوصیه یحمل علی الصحیحه،و بذلک یظهر أن ما أطلقه الأصحاب لا یخلو من الإشکال،الا أن یقال:ان یکون من قبیل العقد الفضولی،فإن شاء الوارث البالغ أجازه،و کان علیه الوفاء بمقتضاه من دفع الحصه إلی العامل،و مع ذلک فهو عقد جائز له فسخه متی شاء،لما تقدم من أن المضاربه من العقود الجائزه،دون اللازمه،و أما ان کان لمولی علیه،فإنه



---

۱- ۱) الکافی ج ۷ ص ۶۲ ح ۱۹،الفقیه ج ۴ ص ۱۶۹ ح ۵۹۰.الوسائل ج ۱۳ ص ۴۷۸ ح ۱.
۲- ۲) التهذیب ج ۹ ص ۲۳۶ ح ۹۱۹،الفقیه ج ۴ ص ۱۶۹ ح ۵۹۱،الکافی ج ۷ ص ۶۱ ح ۱۶.الوسائل ج ۱۳ ص ۴۷۸ ح ۱.

لا إشكال فى صحه المضاربه،كما ينادى به قوله فى موثقه محمد بن مسلم«لا بأس به،من أجل أن أباه قد أذن له فى ذلک و هو حى»و مرجعه الى أن الأب ولى جبرى فتمضى تصرفاته إذا لم تخرج عن الوجه الشرعى،و يستمر الحكم بالصحه إلى بلوغ المولى عليه،فإذا كمل كان له فسخ المضاربه،لأنها عقد مبنى على الجواز و تحديد الموصى لها بمده لا ترفع حكمها الثابت لها بأصل الشرع و انما تظهر الفائده فى التحديد بمده،هو المنع من التصرف بعد تمام المده،لا التزام بها فى تلک المده مع كونها جائزه شرعا،و لا يكون الفسخ بعد البلوغ تبديلا للوصيه و تغييرا لها،و هو منهى عنه،لأن التبديل انما هو فى العمل بخلاف مقتضاها، و هنا ليس كذلک،لأنه لما أوصى بعقد جائز فقد عرض العامل للفسخ فى كل وقت ممكن،عملا بمقتضاه،فالفسخ لا يكون تبديلا للوصيه.

إذا عرفت ذلک فاعلم أن ما ذكرناه من الوصيه بالمال كلا أو بعضا هو المشهور.

و قال ابن إدريس فى كتابه:و قد روى أنه إذا أمر الموصى الوصى أن يتصرف فى تركته لورثته و يتجر لهم بها،و يأخذ نصف الربح،كان ذلک جائزا و حلالا له نصف الربح،أورد ذلک شيخنا فى نهايته،إلا أن الوصيه لا تنفذ إلا فى ثلث ما كان يملكه الميت قبل موته،و الربح تجدد بعد موته،فكيف تنفذ وصيته، و قوله فيه و فى الروايه نظر،انتهى.

و ظاهره تخصيص الوصيه بالتصرف بالثلث فما دونه،دون ما زاد على ذلک و أنت خبير بأنه على ما قلناه من اختصاص الروايتين بما إذا كان المال لمولى عليه كالأولاد الصغار،فإنه ليس فى العمل بالخبرين كثير مخالفه لمقتضى الأصول الذى طعن به ابن إدريس و من تبعه،فإن ولايه الأب على أطفاله و الوصيه بهم و بما ينبغى فى أموالهم مما لهم فيه المصلحه غير منكور و لا ممنوع شرعا،و غايه ما ربما يقال:حصول التعريض فى مالهم للتلف و هو غير قادح،لأن الواجب على العامل مراعاه الحفظ،و ما فيه مصلحه العمل بالمال حسب الإمكان.

ص:۴۳۳

و یؤیده ما ورد من جواز الاتجار به للیتیم من الولی

روایه أبی الربیع (۱)قال:

«سئل أبو عبد الله علیه السلام عن الرجل یکون فی یده مال لأخ له یتیم و هو وصیه أ یصلح له أن یعمل به؟قال:نعم کما یعمل بمال غیره،و الربح بینهما،قال:

قلت:فهل علیه ضمان؟قال:لا إذا کان ناظرا له».

و بالجمله فإن المدار فی العمل علی الأخبار،و لا یلتفت الی هذه الاستبعادات فی مقابلتها،و مع تسلیم ما یدعونه من خروجها عن القواعد و الأصول المقرره فی باب الوصیه،فإنه یجب تخصیص تلک القواعد بها،کما تقدم نظیره فی غیر مقام،علی أنه لا یخفی أن مورد الأخبار الداله علی أنه لیس للموصی أن یوصی بأزید من الثلث و أنه یستحب أن یوصی بالأقل منه،انما هو فیما إذا أوصی لنفسه أو غیره بشیء من الترکه،و اختص به عن الورثه بحیث أنه قد فات علی الورثه و نقص من الترکه، کما علل به من أنه لیس له من ماله بعد الموت،إلا الثلث.

و ما نحن فیه هنا لیس من هذا القبیل،فإنه لم یختص بشیء من الترکه، و لم یأخذ منها شیئا،و انما هذه الوصیه بمصلحه ترجع إلی الورثه لیس له منها قلیل و لا کثیر،و هذا المال الذی أوصی به سواء کان جمیع الترکه أو بعضها انما هو مال الورثه،لم یخرج عن ملکهم بالوصیه کما فی غیره من الوصایا التی قاسوا علیها و قیدوها بالثلث،بل هو باق علی ملکهم،و انما تعلقت الوصیه بالتصرف فیه لأجل تحصیل مصلحه لهم،و هو الانتفاع بالربح.

و قد عرفت أنه متی کانوا أطفالا،فهو الولی علیهم،و الناظر فی مصالحهم حیا و میتا،و له بعد الموت الوصیه بذلک،و ان کانوا بالغین فهذه الوصیه لا تمضی علیهم،فان شاؤا رضوا و ان شاؤا أبوا و امتنعوا،و أی منافاه فی ذلک للقواعد المقرره عندهم.



---

۱- ۱) الوسائل ج ۶ ص ۵۸ ح ۶.

**تنبیهات:**

**الأول [فی حکم إجازه بعض الورثه فی الوصیه بالزائد] :**

قالوا لو کانت الورثه جماعه فأجاز بعضهم نفذت الإجازه فی نصیبه من الزائد،قیل:و الوجه فیه أن الوصیه لما کانت و ما تقبل التبعض،لکونها تبرعا محضا و کان الزائد عن الثلث منها موقوفا علی اجازه الوارث جاز له اجازه البعض کما تجوز له اجازه الجمیع،لأن ذلک حقه،فله التبرع بجملته و بعضه،و کما یجوز ذلک لبعض الورثه دون بعض و یلزم کل واحد جمله،کذلک یجوز اجازه البعض منهم جمیعا،کالنصف و الثلث،و یتقدر بالقدر المجاز،دون ما عداه.

قالوا:فلو فرض کون الوارث ابنا و بنتا،و أوصی بنصف ماله فإن أجازا معا فالمسئله من سته،لأن لهما نصف الترکه أثلاثا بینهما،و للموصی له نصفها،و ان رد الوصیه معا فالمسئله من تسعه،لأن لهما ثلثی الترکه أثلاثا بینهما،و هی سته من تسعه،ثلاثه للموصی له،لأنها ثلث الترکه،و ان أجاز أحدهما فالمسئله من ثمانیه عشر،فللموصی له من حیث الوصیه و عدم الإجازه،الثلث سته،و لهما میراثا من ذلک اثنی عشر أثلاثا بینهما،فمن أجاز منهما دفع من نصیبه ما وصل الیه من السدس الزائد،فلو أجازه الابن خاصه،کان له سته من الثمانیه عشر لأنه قد سقط منه اثنان بالإجازه،و قد کانت حصته ثمانیه،فیدفع منها الی الموصی إلیه سهمان، و تبقی له سته،و لو أجازت البنت خاصه کان لها ثلاث من ثمانیه عشر،لأن الذی لها قبل الإجازه أربعه،فتدفع منها الواحد بالإجازه منهما للموصی الیه،و منه یعلم انه لو أجازا معا فللموصی إلیه زیاده علی السته التی تثبت بالوصیه ثلاثه،سهمان من الولد و سهم من البنت فیکون للموصی له تسعه،و هی نصف الفریضه،و للولد سته،و للبنت ثلاثه،و علی هذا فقس.

**الثانی [فی لزوم إجازه الوارث فی حال حیاه الموصی و بعد موته] :**

المشهور بین الأصحاب(رحمهم الله)أن اجازه الوارث لازمه له سواء کانت فی حال حیاه الموصی أم بعد موته،و نقل عن الشیخ المفید و سلار و ابن إدریس اختصاص اللزوم بما بعد الوفاه،فلو أجاز فی حال الحیاه جاز له الرجوع عنها بعد الوفاه،و یدل علی القول المشهور ما تقدم من صحیحه محمد بن مسلم (۱)، و بطریق آخر منصور بن حازم،و هی صحیحه صریحه فی أنهم لو أجازوا فی حال الحیاه لزمهم ذلک،و لیس لهم أن ینقضوا ذلک بعد الوفاه.

و استدل علیه فی المختلف أیضا بجمله من الأدله الاعتباریه،و بعضها یصلح وجها للنص المذکور،و بیان العله فیه،و بعضها یصلح للتأکید.

و نقل المختلف عن ابن إدریس بأنه احتج بأنه أجازه فیما لا یستحقونه بعد فلا یلزمهم ذلک بحال،و رد بأن المال الموصی به لا یخرج عن ملک الموصی أو الورثه،لأنه إن برأ من مرضه فالمال له،و ان مات کان للورثه،فإن کان للموصی فإنه قد أوصی،و ان کان للورثه فإنهم قد أجازوا،و لأن المنع من نفوذ الزائد عن الثلث انما هو لحق الورثه،فهو متحقق فی حال الحیاه،فإذا أجازوا فقد أسقطوا حقهم.

و بالجمله فإنه مع قطع النظر عما ذکرناه من الجواب،لا وجه لهذا الاحتجاج فی مقابله النص الصحیح الصریح،و هل هو إلا الاجتهاد المحض فی مقابله النصوص و جرأه علی أهل الخصوص.

قال فی المسالک:و لا فرق علی ذلک بین کون الوصیه و الإجازه حال صحه الموصی و مرضه المتصل بالموت و غیره،لاشتراک الجمیع فی المقتضی،و الفرق بین اجازه الوارث حال الحیاه و رده حیث لم یؤثر الثانی دون الأول،أن الوصیه مستمره ببقاء الموصی علیها،فیکون استدامتها کابتدائها بعد الرد،فلا یؤثر،بخلاف الرد بعد الموت،لانقطاعه حینئذ،و بخلاف الإجازه حال الحیاه،لأنها حق للوارث

ص:۴۲۴

---

۱- ۱) ص ۴۲۱.

و قد أسقطه فلا جهه لاستمراره،و دوام الوصيه يؤكدها،انتهى.

أقول:قوله«و الفرق بين اجازه الوارث الى آخره»كأنه جواب سؤال مقدر من جانب ابن إدريس،و ما استدل به،و تقريره أنه فى تلك الحال التى أوصى الموصى و هى حال حياته كما أنه لا يصح فيها رد الورثه للوصيه،فكذا لا تصح فيها إجازتهم،فأجاب بالفرق المذكور بين الرد فى تلك الحال و الإجازه،فإن الوصيه مستمره ببقاء الموصى عليها،و الاستمرار يجرى مجرى تعددها حالا-فحالا فلو فرض الرد فى أثناء هذه،فان ما بعده فى حكم تجدد عقد آخر من حيث اقتضاء الاستمرار ذلك،فلا تأثير للرد حينئذ فى تلك الحال،بخلاف الرد بعد الموت،لانقطاع الاستمرار بالموت فيؤثر،و بخلاف الإجازه حال الحياه،لأن الإجازه حق له،و قد أسقطه فلا وجه لاستمراره،و أنت خبير بأن الأصل فى ذلك النص، و هذه تصلح وجوها له كما تقدم،و الله العالم.

**الثالث [فى كون إجازه الوارث بعد موت الموصى تنفيذا للوصيه] :**

المفهوم من كلام الأصحاب(رضى الله عنهم)من غير خلاف يعرف أن اجازه الوارث للوصيه بما زاد عن الثلث بعد الموت تنفيذ،لما أوصى به الموصى، لا-بابتداء عطيه من الوارث،باعتبار انتقال الحق إليه بالموت،أما قبل الموت فلا-إشكال فى ذلك،لأن الوارث لا يملك،فلا يمكن احتمال العطيه منه،و انما محل الكلام بعد الموت،لما عرفت من انتقال الحق إلى الوارث بالموت،و الأصحاب كما ذكرنا،على أنه تنفيذ لا عطيه،قال فى المسالك و هو مذهب الأصحاب،لا يتحقق فيه خلاف بينهم،و انما يذكر الآخر وجها أو احتمالا،و انما هو قول العامه و المرجح عندهم ما اخترناه أيضا،انتهى.

و علل القول المشهور بأن الملك باق على المريض لم يخرج عنه بمرضه، فيصح تصرفه فيه لمصادفته الملك،و حق الوارث إنما يثبت فى ثانى الحال فأشبه بيع شقص الشفيع وارث الخيار،حيث تترتب عليه اجازه المبيع،فإنه لا يكون ابتداء بيع،بل تنفيذ لما فعل سابقا،و أيضا فإن الوارث ليس بمالك،و ثبوت حق

الإجازه له لا يقتضی الملک،لأن الحق أعم منه،فتصرف الموصی فی حکمه، و اجازه الوارث فی معنی إسقاط حقه،و لأنه لو برأ من مرضه نفذت تصرفاته المنجزه مع کونها کانت متوقفه علی اجازه الوارث کالوصیه،و لم یفتقر الی الاستیناف فدل علی اعتبار ما وقع من الموصی لا علی فساده،و بهذا ترجح کونها تنفیذا، و مما علل به الاحتمال الآخر،انتقال الحق إلی الوارث بالموت،و زوال ملک الموصی،و أن تصرف الموصی فی الزائد عن الثلث منهی عنه،و النهی یقتضی الفساد، لأن الزیاده حق الورثه فیلغو تصرف الموصی فیها،و تکون العطیه من الوارث.

و أجاب عن ذلک فی المسالک بالمنع من کون التلفظ بالوصیه منهیا عنه، و کون النهی فی ذلک یقتضی الفساد،و لو سلم فإنما یقتضیه لو لم یخسر الوارث و نمنع من کون الزیاده حقا للورثه،بل هی ملک الموصی،غایته أن حقهم قد تعلق بها،و مع الإجازه تسقط کإجازه المرتهن تصرف الراهن،انتهی.

أقول:لا یخفی علیک ما فی هذه التعلیلات العلیله من الطرفین،من عدم الصلوح لتأسیس الأحکام الشرعیه فی البین،إلا أن ما علل به الاحتمال المذکور و ان کان خلاف ما علیه الجمهور هو الأقرب الی الأخبار،و الأنسب بالاعتبار.

و مما یدل علی ما ادعاه من زوال ملک الموصی عن الزائد،و أن تصرفه منهی عنه،قوله علیه السلام فی روایه حمران المتقدمه«لأنه أعتق بعد مبلغ الثلث ما لا یملک،فلا یجوز له ذلک»و مما یؤید ذلک أیضا قوله علیه السلام فی مکاتبه أحمد بن إسحاق المتضمنه للإجازه بعد الموت«فان تفضلتم و کنتم الورثه کان جائزا لکم» و المراد الإجازه لما زاد علی الثلث،فان فیه نوع إشاره الی أن ذلک عطیه منهم للموصی له،و تفضل منهم علیه،و یحتمل أن یکون ذلک بالنسبه الی الموصی بإجازه وصیته،فیکون التفضل علیه.

و بالجمله فإن الأقرب الی الاعتبار و الأنسب بالأخبار،هو ما علل به الاحتمال المذکور،و جمیع ما أجیب به عنه و ما علل به القول المشهور لا یخلو من القصور،

ص :۴۲۶

إلاـ أنه لاـ ثمره مهمه فی التشاغـل برده و بیان ما فیه،و قـد ذکروا أیضا جمله من الفروع المترتبه علی القولین،أکثرها لا یخلو من مناقشه فی المبنی،طویناها علی عزها،و أعرضنا عن ذکرها،و نشرها،من أرادها فلیرجع الی مطولاتهم (رضوان الله علیهم).

## الرابع [فی تعیین وقت تقدیر الثلث] :

قد صـرحوا بأن المعتبر من الثلث وقت الوفاه،لا وقت الوصـیه، فلو کان موسرا حال الوصیه ثم افتقر وقت الموت،أو بالعکس،کان الاعتبـار بحـال الموت فی کل من الصورتین،قالوا:و لا إشـکال فی ذلک فیما لو کان الموصـی به قـدرا معینا کعین معینه،أو مائه درهم مثلا أو جزءا من الترکه مع کونه حال الموت،أقل منه حال الوصـیه،و انما الإشـکال فیما لو أوصـی بجزء من الترکه کالربع أو الخمس أو الثلث،و کـان فی وقت الوصـیه فقیرا ثم أیسـر وقت الموت، فصـار ذلـک الجزء الموصـی به مالاـ کثیرا،ربمـا دلت القرائن علی عدم إرادته،حیث لا تکون الزیاده متوقعه غالبا.

أقول:و الظاهر عنـدی ضـعف هـذا الاشـکال،و أنه بمحل من الاضـمحلال، فان مقتضـی إطلاق الوصـیه دخول هـذا الفرد،و هذه الکثره التی ربما یتوهم عدم انصـراف الإطلاق إلیها معلومه للموصـی وقت الوفاه و الاعتبار کما عرفت،إنما هو بوقت الوفاه،فعدم العدول عن الوصـیه السابقه علی ذلک مع علمه و معرفته بهذه الکثره،یقتضی العمل بإطلاق الوصیه،و دخول هذا الفرد فیها،و الله العالم.

## الخامس [فی دخول دیه الخطأ و أرش الجنایه فی الوصیه] :

الظـاهر أنه لاـ خلاـف فی دخول الـدیه و أرش الجنایه فی الوصـیه لو أوصـی ثم قتله قاتل أو جرحه،فان وصـیته ماضـیه من ثلث الترکه،و ثلث الدیه،و أرش الجنایه،و تدل علی ذلک جمله من الأخبار.

منها ما رواه

فی الکافی و الفقیه عن محمد بن قیس (۱)فی الصحیح

«عن

ص: ۴۲۷

---

۱- ۱) الکافی ج ۷ ص ۶۳ ح ۲۱،التهذیب ج ۹ ص ۲۰۷ ح ۸۲۲،الفقیه ج ۴ ص ۱۶۸ ح ۵۸۸،الوسائل ج ۱۳ ص ۳۷۲ ح ۱.

أبی جعفر علیه السلام قال:قلت له:رجل أوصی لرجل بوصیه من ماله ثلث أو ربع،فقتل الرجل خطأ یعنی الموصی فقال:تجاز لهذا الوصیه من میراثه و من دیته».

و فی الفقیه و فی خبر آخر

«سئل أبو عبد الله علیه السلام عن رجل أوصی بثلث ماله،ثم قتل خطأ فقال:ثلث دیته داخل فی وصیته».

و ما رواه

فی التهذیب فی الصحیح عن محمد بن قیس (۱)

«عن أبی جعفر علیه السلام قال:قضی أمیر المؤمنین علیه السلام فی رجل أوصی لرجل بوصیه مقطوعه غیر مسماه من ماله ثلثا أو ربعا أو أقل من ذلک أو أکثر،ثم قتل الموصی بعد ذلک فودی فقضی فی وصیته:أنها تنفذ من ماله و من دیته کما أوصی».

و ما رواه

فی الکافی و التهذیب عن السکونی (۲)

«عن أبی عبد الله علیه السلام قال:

قال أمیر المؤمنین علیه السلام من أوصی بثلثه ثم قتل خطأ،فثلث دیته داخل فی وصیته».

و ربما أشکل الحکم المتقدم بأن المعتبر من الثلث ما کان وقت الوفاه بما ذکر هنا من دخول ثلث الدیه فی الوصیه،مع أن استحقاق الدیه إنما یثبت بالموت،فهی متأخره عن الموت،و یمکن الجواب عن ذلک بأن الحکم المذکور أولا انما هو من کلام الأصحاب،و مرادهم انما هو المنع من الاعتبار بحال الوصیه،بل العبره بالموت،یعنی حصول الثلث حال الموت،و الدیه و ان کانت لا تستقر إلا بعد الوفاه فهی فی الحقیقه متأخره عنها،إلا أنها مقارنه للموت، فلا ینافی ما اعتبروه من وقت الوفاه،لصدق الإطلاق عرفا علی هذا الوقت أنه وقت الموت،و کیف کان فالعمل علی ما دلت علیه النصوص المذکوره.

بقی الکلام فی أن مورد هذه الروایات الدیه فی قتل الخطأ،فإنه هو موجب للدیه خاصه،مع تصریح الأخبار به،فدیه الخطأ هی التی تدخل فی



---

۱- ۱) التهذیب ج ۹ ص ۲۰۷ ح ۸۲۳،الوسائل ج ۱۳ ص ۳۷۳ ح ۳.

۲- ۲) الکافی ج ۷ ص ۱۱ ح ۷،التهذیب ج ۹ ص ۲۰۷ ح ۸۲۱،الفقیه ج ۴ ص ۱۶۹ ح ۵۸۹،الوسائل ج ۱۳ ص ۳۷۲ ح ۲.

الوصيه،و يؤخذ منها الثلث،و أما الديه المأخوذه فى العمد فهل تدخل فى ذلک أم لا؟اشكال،سواء قلنا بأن العمد موجب لأحد الأمرين،القصاص أو الديه، أو أن الديه انما تثبت صلحا،و الصلح لا يتقيد بالديه،بل يصلح بزياده منها و نقصان،فيكون القول بذلک أبعد،و ظاهر الأصحاب القول بدخولها،قال فى القواعد:و لو قتل خطأ أو استحق أرشا خرجت الوصيه من ثلث تركته و ثلث ديته و أرشه،و كذا العمد إذا تراضوا بالديه.

و قال فى المسالک-بعد قول المصنف«ان وصيته ماضيه من ثلث تركته و ديته و أرش جراحته»ما صورته:و يظهر من قوله عليه السلام«و ديته»أن الحكم مخصوص بقتل الخطإ،لأنه هو الموجب للديه على الإطلاق،و أما العمد فان قيل:

انه يوجب أحد الأمرين القصاص أو الديه دخل فى العباره،لأن الديه أحد الأمرين المترتبين على الوفاه المستنده إلى القتل،فكانت الديه مقارنه للوفاه كالخطإ و ان كان لها بدل،و أما على قول المشهور،من أن موجب العمد هو القصاص، و انما تثبت الديه صلحا،و الصلح لا يتقيد بالديه،بل يصلح بزياده عنها و نقصان ففى دخوله فى العباره تكلف،و قد يندفع بأنه حينئذ عوض القصاص الذى هو موروث عن المجنى عليه،و عوض الموروث موروث،و ربما أشكل من وجه آخر و هو أن الموروث انما هو القصاص و ليس بمال،فلا يتعلق به الحق المالى المترتب على مال الميت،و يندفع بأنه بقبوله المعاوضه بالصلح على مال فى قوه الحق المالى و زياده،انتهى.

أقول:الواجب هو تحقيق الحكم الشرعى فى ذلک،و أنه هل تدخل ديه العمد فى هذا الحكم أم لا؟سواء دخلت فى عباره المصنف أم لا،و تطويل هذا الكلام فى تكلف دخولها تحت عباره المصنف لا يجدى نفعا،إلا مع قيام دليل على هذه القاعده التى بنوا عليها،و هو أن المعتبر من الثلث ما كان مالا للميت حال الوفاه،دون ما تقدم عليها و ما تأخر عنها،مع انهم لم يستندوا فيه الى دليل،

و الروايات الوارده فی المسئله کما عرفت موردها انما هو دیه الخطأ لتصریحها بذلک،و دیه العمد سیما علی القول المشهور من أنه لا ینتقل إلی الدیه إلا بطریق الصلح الذی هو عباره عن التراضی بمال زاد،عن الدیه أو نقص عنها مما هو خارج عن مقتضی قاعدتهم المذکوره،إذ الظاهر أن هذا الصلح و ما یترتب علیه متأخر عن وقت الوفاه البته،فلا یصدق علیه أنه مال المیت،وقت الوفاه،و قد صرح فی الدروس بعدم اعتبار ما یتجدد بعد الوفاه،و هذا الصلح و ما یترتب علیه انما تجدد بعد الوفاه،و إدخالها بهذه التکلفات التی ارتکبها و ذکرها(قدس سره) ظاهر الضعف،بل البطلان،سیما مع ما عرفت من أن إثبات الأحکام الشرعیه بهذه التخریجات الوهمیه مما لا ینبغی النظر الیه،و لا العروج علیه،هذا بناء علی قاعدتهم،و أما بالنظر الی الأخبار فقد عرفت اختصاص موردها بدیه الخطأ، و نحوها الأرش،إلا أنه قد ورد فی جمله من الأخبار ما یدل علی أنه یجب وفاء الدین من الدیه،و ان أخذت صلحا،کما

فی روایه عبد الحمیدین سعید (۱)قال:

«سألت أبا الحسن الرضا علیه السلام عن رجل قتل و علیه دین و لم یترک مالا و أخذ أهله الدیه من ماله،أ علیهم أن یقضوا الدین؟قال:نعم،قلت:و هو لم یترک شیئا،قال:

إنما إذا أخذوا الدیه،فعلیهم أن یقضوا الدین».

و روایه یحیی الأزرق (۲)

«عن أبی الحسن علیه السلام فی رجل قتل و علیه دین و لم یترک مالا فیأخذ أهله الدیه من قاتله،علیهم أن یقضوا دینه؟قال:نعم، قلت:و هو لم یترک شیئا؟قال:إنما أخذوا الدیه فعلیهم أن یقضوا دینه».

و فی روایه أبی بصیر (۳)

«عن أبی الحسن موسی بن جعفر علیه السلام قلت:فان



---

۱- ۱) التهذیب ج ۶ ص ۱۹۲ ح ۴۱۶،الوسائل ج ۱۳ ص ۱۱۱ ح ۱.
۲- ۲) التهذیب ج ۹ ص ۱۶۷ ح ۵۸۴.الوسائل ج ۱۳ ص ۱۱۱ ح ۱.
۳- ۳) الفقیه ج ۴ ص ۸۳ ح ۲۶۴ عن علی بن أبی حمزه.الوسائل ج ۱۳ ص ۱۱۲ ح ۲.

هو قتل عمدا و صالح أولياؤه قاتله على الديه،فعلى من الدين؟على أوليائه من الديه أو على امام المسلمين؟فقال:بل يؤدوا دينه من ديته التى صالحوا عليها أولياؤه،فإنه أحق بديته من غيره».

و الأولان دلالتهما على المدعى من حيث الإطلاق،و الثالث صريح فى ذلك، و وجوب قضاء الدين منها انما هو من حيث كونها من جمله أمواله و ان تأخر استحقاقها عن موته،فكما يقضى منها ديونه،تنفذ منها وصاياه،و من هنا صرح الأصحاب بأن الديه فى حكم مال الميت،سواء وجبت أصاله أو صلحا.

قال فى المسالك:إذا قتل الشخص عمدا و عليه دين،فإن أخذ الورثه الديه صرفت فى ديون المقتول و وصاياه كغيرها من أمواله،لما تقدم غير مره من أن الديه فى حكم مال الميت،سواء وجبت أصاله أو صلحا الى آخر كلامه(زيد فى إكرامه) ذكر ذلك فى كتاب الديات،و حينئذ يزول الإشكال بالنسبه إلى دخول ديه العمد فى الحكم المذكور.

و انما يبقى الاشكال فيما اعتبروه من اعتبار الثلث بوقت الوفاه، مع أنه فى صوره الصلح على القصاص بأخذ المال انما يكون متأخرا عن الوقت المذكور،إلا أن ما ذكروه من الحكم المذكور انما هو من مجرد اصطلاحهم و اتفاقهم،و كيف كان فالعمل على ما دلت عليه الأخبار،وافق كلامهم أم لا،و الله العالم.

### المسئله الرابعه [فى خروج الواجب المالى من أصل التركه و إن لم يوص]

الظاهر أنه لا خلاف بين الأصحاب(رضوان الله عليهم)فى أن الواجب المالى أعم من أن يكون مشوبا بالبدن كالحج أم لا،كالزكاه و الكفارات و الخمس و نذر المال،يجب خروجه من الأصل،أوصى به أو لم يوص، لتعلقه بالمال حال الحياه.

أما الواجب البدنى المحض كالصلاه و الصوم فإنه إنما يخرج من الثلث إذا أوصى به،فيكون حكمه عندهم حكم التبرعات الموقوف إخراجها على الوصيه بها من الثلث،و قيل بخروجه من الأصل كالواجب المالى من غير فرق،و الأخبار بوجوب إخراج الواجب المالى و ان كان مشوبا بالبدن من الأصل متكاثره،قد تقدمت فى كتاب الحج و كتاب الزكاه و الخمس و كتاب الديون.

أما الواجب البدنى فلم أقف فيه على نص بنفى و لا إثبات،لكن الظاهر أن مبنى كلام الأصحاب فى الفرق بين الأمرين،هو أن الواجب المالى-و ان كان مشوبا بالبدن فى بعض الأفراد-لما كان متعلقا بالمال حال الحياه وجب إخراجه بعد الموت من المال،و تخرج الأخبار المشار إليها شاهدا على ذلك.

و أما الواجب البدنى فإنه لما كان متعلقه فى حال الحياه إنما هو البدن،و بعد الموت مع عدم الوصيه به يتعلق الخطاب به بالولى،فمع عدم الولى و عدم الوصيه لا دليل على وجوب الإخراج،كما ادعاه ذلك القائل المتقدم،و لنا فى هذا المقام تحقيقات حسنه،قد تقدمت فى كتاب الصلاه فى المطلب الثانى فى القضاء عن الأموات فى الباب الرابع فى اللواحق من الكتاب المذكور (۱)و كذا فى كتاب الحج فى المسئله الثانيه من المقصد الثانى فى حج النذر (۲)و قد تضمنت دفع شبهات الأقوال المخالفه لما عليه الأصحاب مع تحقيق حسن فى الباب.

و اختلف الأصحاب فى وجوب الوصيه بالواجب البدنى لو لم يكن وصى

---

۱- ۱) ج ۱۱ ص ۵۷.

۲- ۲) ج ۱۴ ص ۱۹۶.

یقضیه عنه،قال فی المسالک:و الأقوی وجوب الوصیه به علی المریض،کغیره من الواجبات ان لم یکن له ولی یقضیه عنه،و ربما قیل:بعدم وجوب الوصیه به لأن الواجب فعله بنفسه أو بولیه لانتفاء الدلیل علی ما سوی ذلک،و فیه أن علمه بوجوبه و استحقاق العقاب علی ترک الواجب اختیارا مع قدرته علی براءه الذمه منه یوجب وجوب الوصیه،لیخرج من العقاب بترکه،فان دفع الضرر عن النفس واجب.

نعم لو کان فوات الواجب لا بتفریط کالغفله عن الصلاه مع عدم القدره علی القضاء حال الوصیه،احتمل عدم وجوب الوصیه،إذ لا عقاب علی ذلک التفویت، و لا دلیل علی وجوب الوصیه بالقضاء انتهی،و فی الکفایه قال:الأقرب العدم.

أقول:الظاهر قوه ما اختاره فی المسالک،لظاهر الأخبار المتقدمه الداله علی أن الوصیه حق علی کل مسلم،فان ظاهر لفظ«علی»الوجوب،کما ذکرناه فی الفائده الأولی من الفوائد التی ذیلنا بها تلک الأخبار،و یزید ذلک تأییدا ما ذکره شیخنا المشار الیه من التعلیل،فإنه جید وجیه کما لا یخفی علی الفطن النبیه،و ما قربه فی الکفایه من العدم ضعیف.

إذا عرفت ذلک فاعلم إذا اجتمعت فی الوصیه حقوق واجبه مالیه و بدنیه، و تبرعات،فان الواجب المالی کما عرفت یخرج من الأصل،و ما عداه یخرج من الثلث مقدما للواجب البدنی علی المتبرع به،مرتبا فی الواجب البدنی لو تعدد، الأول فالأول،ثم المتبرع به کذلک ان قام به الثلث،أو أجاز الوارث،و إلا سقط، و مع اجازه الوارث الجمیع،فالحکم کما ذکر،و مع أجازته البعض یکون مخرجه عن الأصل،فیبدأ به کالواجب المالی،لکن لو ضاق المال عنها أعنی عن الواجب و عن المجاز،قدم الواجب،لاشتغال الذمه به،و لو لم یکن فیها واجب بل الجمیع من الوصایا المتبرع بها قدم الأول فالأول حتی یتم الثلث،سواء رتب بینهما بلفظ«ثم»أو«الفاء»،أو اقتصر علی مجرد الترتیب الذکری،و ان عطف

بالواو فإنه فی حکم ذلک،و الوجه فیه أن الوصیه الصادره أولا-نافذه،لوقوعها من أهلها،و هکذا ما بعدها الی أن یستوفی الثلث،فتبطل فی الزائد.

أما لو جمع بأن ذکر أشیاء متعدده،ثم أوصی بالمجموع من غیر أن یرتب فی الوصیه،أو قال:أعطوا فلانا و فلانا و فلانا مائه،أو قال:بعد الترتیب لا تقدموا أحدا علی أحد،ثم نقص الثلث فی هذه الصوره،فإنه یوزع النقص علی الجمیع بالنسبه،کما فی مسئله العول.

و الذی وقفت علیه من الأخبار المتعلقه بهذا المقام

روایه حمران (1)المتقدمه فی المسئله الأولی

«عن أبی جعفر علیه السلام فی رجل أوصی عند موته،و قال:

أعتق فلانا و فلانا حتی ذکر خمسه،فنظرت فی ثلثه فلم یبلغ أثمان قیمه الممالیک الخمسه التی أمر بعتقهم،قال:ینظر الی الذین سماهم و یبدأ بعتقهم فیقومون، و ینظر الی ثلثه فیعتق منه أول من سمی،ثم الثانی ثم الثالث،ثم الرابع ثم الخامس فان عجز الثلث کان ذلک فی الذی سمی أخیرا،لأنه أعتق بعد مبلغ الثلث ما لا یملک،فلا یجوز له ذلک». و مورد الروایه و ان کان انما هو الوصیه بالعتق دون الوصیه بغیره،إلا أن ظاهر الأصحاب حیث استدلوا بها هنا عدم الفرق بین الأمرین.

قال فی المسالک:و اعلم أنه لا فرق فی هذا الحکم بین العتق و غیره من التبرعات،خلافا للشیخ و ابن الجنید حیث قدما العتق و ان تأخر،و لا بین أن یقع الترتب متصلا فی وقت واحد عرفی،أو فی زمانین متباعدین کغدوده و عشیه، خلافا لابن حمزه حیث فرق بینهما،فحکم فی الأول کما ذکره الجماعه،و جعل الثانی رجوعا عن الأول،إلا أن یسعهما الثلث،فینفذان معا و هو شاذ ضعیف المأخذ،انتهی.

أقول:یمکن أن یستدل لما ذکره الشیخ و ابن الجنید بتقدیم العتق علی



---

1- 1) الکافی ج 7 ص 19 ح 15،التهذیب ج 9 ص 197 ح 778،الوسائل ج 13 ص 457 ح 1.

غیره من التبرعات،و ان وقع متأخرا بما رواه

المشایخ الثلاثه(قدس الله أرواحهم) عن محمد بن مسلم (۱)فی الموثق

«عن أبی عبد الله علیه السلام قال:سألته عن رجل حضره الموت فأعتق غلامه،و أوصی بوصیه و کان أکثر من الثلث،قال:یمضی عتق الغلام،و یکون النقصان فیما بقی». و أجیب عن ذلک بأنه محمول علی تقدیم العتق هنا من المنجزات،لأنه وقع حال الحیاه،و المنجزات مقدمه علی الوصایا.

نعم الخلاف فیها مشهور بأن مخرجها من الأصل أو الثلث،و ظاهر هذا الخبر لا یخلو من اشتباه فی ذلک ایضا،و التحقیق هنا أن الأخبار فی هذه المسئله أعنی مسئله المنجزات بالنسبه إلی العتق و أن مخرجه من الأصل أو الثلث لا یخلو من اشتباه و تعارض،کما أشار إلیه أیضا المحدث الکاشانی فی الوافی،و أما غیر العتق من المنجزات فالحکم فیه کما اخترناه من الخروج من الأصل من غیر اشکال.

### المسئله الخامسه [فی دخول النقصان علی الأخیر فی صوره تعدد الوصیه] :

#### اشاره

لو أوصی لزید بثلث من الترکه،و لعمرو بربع منها، و لثالث بخمس منها صحت الوصیه فی الأول خاصه،لاستیعابها الثلث،النافذ بدون الإجازه،و رعایه لما تقدم من الأول مع تجاوز الثلث،و بطلت فیما عداه، و قیل:ان الوصیه المتأخره تقتضی الرجوع عما قبلها،قال:الشیخ فی الخلاف إذا أوصی لإنسان بثلث ماله،ثم أوصی بثلث ماله لغیره و لم تجز الورثه،فإن الوصیه الثانیه رافعه للأولی و ناسخه لها،و استدل بإجماع الفرقه و الأخبار.

و قال ابن إدریس:إذا أوصی بثلث ماله لشخص،ثم أوصی بثلث ماله لغیر ذلک الشخص،کان الثلث للأخیر،و تکون الوصیه الثانیه ناسخه للأولی،لأن الإنسان لا یستحق من ماله بعد وفاته إلا ثلث ماله،فإذا أوصی به لإنسان،ثم أوصی به بعد ذلک لآخر،فقد نقل الثلث الذی یستحقه من الأموال الی الثانی،لأنه یعلم أنه لا یستحق سوی الثلث،فإذا أوصی به ثم وصی به،فقد رجع عن الأول،



---

۱- ۱) الکافی ج ۷ ص ۱۷ ح ۵،التهذیب ج ۹ ص ۱۹۴ ح ۷۸۰،الوسائل ج ۱۳ ص ۴۵۸ ح ۱.

فهذا يعنى قول أصحابنا:أنه إذا أوصى بوصيه،ثم أوصى بأخرى فإن أمكن العمل بهما جميعا وجب العمل بهما،و ان لم يمكن كان العمل على الأخير.

فأما إذا أوصى بشىء آخر و لم يذكر الثلث،فان مذهب أصحابنا أن يبدأ بالأول فالأول و يكون النقصان ان لم يف الثلث داخلا على الأخير،لأنه لما أوصى للأول ما قال أوصيت له بثلثى،و كذا الثانى و الثالث،فظن أن ثلثه يبلغ مقداره جميع ما ذكره،و يفى بما ذكره،لأنه يعلم أنه ليس بعد موته سوى الثلث فإذا استوفاه دخل النقص على الأخير،فهذا فرق بين المسئلتين،فلا يظن ظان اتحادهما،و لا أن مذهب أصحابنا أن الثانيه ناسخه للأولى فى جميع المواضع، و لا أن الواجب البدأه بالأول فالأول فى الجميع،انتهى.

أقول:ما ذكره من الفردين المذكورين الذى يكون الحكم فى أحدهما الرجوع بالوصيه الثانيه عن الأولى،و حكم الآخر صحه الأول فالأول لا شك فيه كما هو المفهوم من كلام غيره،و انما الكلام فيما فرضه أولا من قوله إذا أوصى بثلث ماله لشخص،ثم أوصى بثلث ماله لآخر،فان ذلك رجوع عن الوصيه الأولى حسب ما ذكره الشيخ فى الخلاف،فإنه خلاف ما صرحوا به،و ما هو الظاهر من كلام المتأخرين،فإن ظاهر كلامهم أن هذا لا يقتضى الرجوع،بل يكون من قبيل ما يحكم فيه بصحه الوصيه أولا فأولا،و انما الذى يقتضى الرجوع اضافه الثلث الى نفسه مثلا،كأن يقول ثلثى أو الثلث الذى أستحقه،و أما مجرد ذكر ثلث المال من غير أن يضيفه الى نفسه،فلا.

قال المحقق فى الشرائع:لو أوصى لشخص بثلث،و لآخر بربع،و لآخر بسدس و لم يجز الورثه أعطى الأول و بطلت الوصيه لمن عداه،قال الشارح:انما صحت الوصيه للأول خاصه لاستيعابها الثلث النافذ بدون الإجازه،مع رعايه ما تقدم من وجوب تقديم الأول فالأول مع تجاوز الثلث،و لا يتوهم هنا أن الوصيه المتأخره تقتضى الرجوع عما قبلها،لأن الرجوع لا يثبت بمجرد الاحتمال،بل

لا بد له من لفظ يدل عليه،و مجرد الوصيه بما زاد على الثلث ثانيا و ثالثا أعم من الرجوع عن الأولى و عدمه،فلا يدل عليه.

أقول:قوله«و لا يتوهم هنا.الى آخره»خرج مخرج الرد على ما ذكره ابن إدريس،و الشيخ فى الخلاف فيما قدمنا نقله عنهما،ثم انه قال المحقق أيضا:و لو أوصى بثلثه لواحد،و بثلثه لآخر،كان ذلك رجوعا عن الأول الى الثانى،قال الشارح:الفرق بين هذه المسئله و التى قبلها الموجب لاختلاف الحكم أن الثلث المضاف الى الموصى هو القدر النافذ،و النافذ فيه وصيته شرعا،فإذا أوصى به ثانيا فقد رجع عن الوصيه الأولى،لأن ليس له ثلثان مضافان اليه على هذا الوجه،فيكون بمنزله ما لو أوصى بعين لواحد ثم أوصى به لآخر،بخلاف قوله لفلان ثلث من غير اضافه الى نفسه،فإنه متعلق بجمله المال من غير أن ينسب الى ثلث النافذ فيه الوصيه،فإذا أوصى بعده بربع لا يتبادر الى الفهم منه أنه نقض ذلك الثلث السابق،بل الربع الذى هو خارج عن الثلث المتعلق بأصل المال،و كذلك السدس،فيكون وصايا متعدده لا تضاد بينها،فيبدأ بالأول منها فالأول حتى يستوفى الثلث عند عدم الإجازه،انتهى.

و هو كما ترى صريح فيما قلناه،واضح فيما ادعيناه،و بالجمله فإن مقتضى أنه ان كان الموصى به أشياء بعينه،متغايره أو مطلقه و معينه،فإنه يبدأ فيها بالأول فالأول،و لا يكون الثانى رجوعا عن الأول،سواء زاد الأول عن الثلث أو نقص عنه،و تكون الفائده أنه لو أجاز الوارث الجميع نفذت الوصايا كلها، و منه ما لو أوصى بثلث المال لشخص،ثم أوصى بالثلث أو الربع لآخر،بتقريب ما تقدم نقله عن المسالك من قوله،بخلاف قوله لفلان ثلث،من غير اضافه الى نفسه الى آخره.و ان اتحد العين كان الثانى رجوعا عن الأول،لامتناع اتحاد الملكين فى عين واحده،و من هذا ما أضاف الثلث الى نفسه،فيكون الثانيه ناسخه للأولى قطعا،بتقريب ما تقدم نقله عن المسالك من قوله أن الثلث المضاف الى

الموصى هو القدر النافذ فيه وصيته شرعا الى قوله فيكون بمنزله ما لو أوصى بعين لواحد،ثم أوصى به لآخر،و ما ذكره ابن إدريس فى تعليل ما ادعاه من نسخ الأولى-من أن الإنسان لا يستحق من ماله بعد وفاته إلا الثلث-لا ينافى تجويز الوصيه بأزيد من الثلث،لإمكان الإجازه و نفوذها بذلك و الإجازه على الأقوى عندهم ليست عطيه ابتدائيه و انما هى تنفيذ الوصيه،فيجوز أن يوصى معتمدا على اجازه الورثه فيكون الوصيه صحيحه،و لا يزول هذا الحكم عنها إلا بلفظ يدل على الرجوع عما سبق و حكم بصحته،و هو فى هذا المثال و نحوه منتف، فيحكم بصحه الجميع،و يعمل فى الزائد عن الثلث بمقتضى القاعده المقرره من البدأه بالأول فالأول،و هذا بخلاف قوله ثلثى بإضافته إلى نفسه و نحوه،فان الرجوع هنا معلوم بالقرينه القويه،لما تقدم فى كلامه بقوله لأن الإنسان لا يستحق من ماله بعد وفاته إلا ثلث ماله،و إذا أوصى به لإنسان إلى آخره.

و كيف كان فالمسئله لخلوها عن النص لا يخلو بعض شقوقها من الاشكال، سيما فى هذا الفرع،و لهذا قد اختلف كلامهم و اضطربت إفهامهم فى هذه المسئله.

قال فى المسالك بعد البحث فى المسئله بنحو ما ذكرناه،و اختيار ما حررناه من الفرق بين المسئلتين المتقدمتين فى كلام المحقق ما صورته:و اعلم أن كلام الأصحاب قد اختلف فيها اختلافا كثيرا،و كذلك الفتوى،حتى من الرجل الواحد فى الكتب المتعدده،بل فى الكتاب الواحد،و العلامه فى القواعد وافق المصنف على ما ذكره-فى المسئلتين،لكنه استشكل بعد ذلك فى المسئله الثانيه، و فى التحرير نسب الحكم فى الثانيه كذلك إلى علمائنا،و جعل فيه نظرا،و وجه الاشكال و النظر مما ذكرناه،و من أن كل واحده منها وصيه يجب تنفيذها بحسب الإمكان،و لا يجوز تبديلها مع عدم الزياده،و مجرد اضافه الثلث اليه،لا يقتضى الرجوع،لان جميع ماله ما دام حيا له،فتصح إضافته اليه،و انما يخرج عن ملكه بالموت،و نحن نقول بموجبه،إلا أنا ندعى وجود القرينه فى هذه الإضافه

على الرجوع،و من ثم لما أبدلها بالإضافه إلى ماله فضلا عن جعل الثلث مطلقا شككنا فى إراده الرجوع،فلم نحكم به،و قدمنا الأول.

و المختلف اعتمد على اعتبار القرينه و عدمها،كما حققناه،و جزم بعدم وجودها فى ثلث مالى،و لم يتعرض للثلث المضاف الى الموصى،بل اعتمد على القرينه،و مع الشك فيها على عدم الحكم بالرجوع،و هذا هو الحق فى المسئله و المحقق الشيخ على(رحمه الله عليه)فى شرحه اعتمد فى المسئله على أصل آخر غير ما ذكرناه،و رتب عليه الحكم،و هو أن الأصل فى الوصيه،أن تكون نافذه،فيجب حملها على ما يقتضى النفوذ بحسب الإمكان،و انما تكون الثانيه نافذه،فإذا كان متعلقها هو الثلث الذى يجوز للمريض الوصيه به،فيجب حملها عليه،كما يجب حمل إطلاق بيع الشريك النصف على استحقاقه،حملا للبيع على معناه الحقيقى،و حينئذ فيتحقق التضاد فى مثل ما لو قال:أوصيت بثلث لزيد، و بثلث لعمرو،فيكون الثانى ناسخا للأول،فيقدم،و أولى منه ما لو قال بثلث مالى،ثم فرع عليه أنه لو أوصى لزيد بثلث،و لعمرو بربع،و لخالد بسدس، و انتفت القرائن أن تكون الوصيه الأخيره رافعه للأولى،مع اعترافه بأنه مخالف لما صرح به جميع الأصحاب،و الحامل له على ذلك ما فهمه من أن إطلاق الوصيه محمول على النافذه،و أنت قد عرفت مما حققناه سابقا أن الإطلاق فى الوصيه و غيرها من العقود انما يحمل على الصحيح،أما النافذ بحيث لا يترتب عليه فسخ بوجه،فلا اعتبار به قطعا،ألا ترى أن الوصيه بجميع المال توصف بالصحه، و وقوف ما زاد على الثلث على الإجازه،و لا يقول أحد أنها ليست بصحيحه،و لذلك لو باع بخيار حكم بصحه البيع،و ان لم يكن نافذا،بمعنى أنه لا يستحق أحد فسخه،و ما مثل به من بيع الشريك النصف،فإنه محمول على استحقاقه،لا يؤثر هنا للفرق بينه و بين المتنازع فيه،لأن جميع التركه مستحقه للموصى حال حياته إجماعا،فقد أوصى بما يستحقه،و من ثم حكموا بصحه وصيته بما زاد على الثلث،

و صحه هبته له،و ان توقف على اجازه الورثه،لأن ذلک لهم کالخیار للبائع بالنسبه إلى ملک المشترى،بل أضعف،للخلاف فى أن الملک هل ینتقل إلیه فى زمن الخیار أم لا؟و الاتفاق على أن الترکه مملوکه للموصى ما دام حیا،و من ثم لزمت الهبه لو برء من مرضه،و کانت الإجازه تنفیذ الوصیه،لا عطیه متجدده، على مختار أصحابنا،و قد ادعى الشیخ فى المبسوط علیه الإجماع،و انما الخلاف فى التنفیذ،و العطیه للعامه،و أصحابنا یجعلون العطیه احتمالا مرجوحا، لا قولا.

و إذا تقرر أن الإطلاق محمول على الوصیه الصحیحه-فکل وصیه من المذکورات صحیحه،سواء کانت نافذه أم لا-لم تدل الوصیه المتأخره عن الوصیه بالثلث على أنها ناسخه للسابقه،و رجوع عنها،بل على اراده الموصى إعطاء کل واحد ما أوصى له به،و ان توقف ذلک على اجازه الورثه،فإن ذلک أمر آخر غیر الوصیه المعتبره شرعا،و قد ظهر بذلک أنه لا تضاد بین قوله أوصیت لزید بثلث،و لعمرو بربع،بطریق أولى،و انما یقع التضاد صریحا إذا قال بعد الوصیه لزید بثلث،أوصیت لعمرو بالثلث الذى أوصیت به لزید،أو بثلثى أو بالثلث الذى جعله الله تعالى غیر متوقف على اجازه،و نحو ذلک،و فى مثل قوله بثلثى لزید،ثم بثلثى لعمرو بالقرینه،لا بالتصریح کما حققنا،ثم نقل عن الشیخ (رحمه الله)علیه أنه اتفق له فى هذه المسئله غرائب،و شرح ذلک بما لا مزید فائده فى ذکره،و انما نقلنا کلامه(قدس سره)بطوله لجوده محصوله فى تحقیق المسئله، زیاده على ما قدمناه،و الاطلاع على ما وقع لهم من الاختلاف فى المسئله،زیاده على ما ذکرناه،إلا أن الخلاف الذى ذکرناه أولا بالنسبه إلى المسئله الأولى من المسئلتین المفروضتین فى کلام المحقق،و الذى ذکره(قدس سره)بالنسبه إلى الثانیه منهما،و الله العالم.

ص:۴۴۳

### تذنیبان:

### الأول-لو اشتبه السابق

فی صوره الوصیه بالثلث لاثنین،أحدهما بعد الآخر فإنه یستخرج بالقرعه،کما حکم به الأصحاب،لأنها لکل أمر مشتبه،فان قلنا بأن الوصیه للأول،و أنه یلاحظ فی الصحه الأول فالأول،فإنه یحکم بها للسابق و ان قلنا بأن ذلک عدول و فسخ،فإنه یحکم بها للثانی،و حینئذ فلا فرق فی کتابه الرقاع بین أن یجعل باسم السابق أو المتأخر،و صفتها أن تکتب فی رقعه اسم أحدهما و أنه السابق،و تکتب فی رقعه اسم الآخر و أنه السابق،و یجمعان فی موضع و یخفیان،ثم یخرج إحداهما فمن خرج اسمه کان هو السابق،و ترتب علیه الحکم من استحقاق أو حرمان،و لک أن تکتب عوض السابق المتأخر فی کل من الرقعتین،و المرجع إلی أمر واحد.

### الثانی:لو أوصی بشیء واحد لاثنین

کان یقول أعطوا زیدا و عمرا مائه درهم،أو الدار الفلانیه،و کان ذلک أزید من الثلث،فان الشقص یدخل علیهما بالنسبه،و لو جعل لکل واحد منهما شیئا بأن یقول:أعطوا زیدا خمسین درهما، و أعطوا عمرا خمسین درهما،أو أعطوا زیدا نصف الدار،و عمرا نصفها، و أنفق الزیاده علی الثلث،فإنه یبدأ بالعطیه الأولی،و یدخل النقص علی الثانیه.

### المسئله السادسه [فی الوصیه بعتق ممالیکه و من جملتهم من هو مشترک] :

### اشاره

قال الشیخ فی النهایه:إذا أوصی بعتق جمیع ممالیکه، و له ممالیک بخصوصه،و ممالیک بینه و بین غیره،أعتق من کان فی ملکه،و قوم من کان فی الشرکه،و أعطی حقه ان کان ثلثه یحتمل،فان لم یحتمل أعتق منه بقدر ما یحتمله،و به قال ابن البراج و العلامه فی المختلف.

و یدل علیه ما رواه

المشایخ الثلاثه(عطر الله تعالی مراقدهم)بأسانیدهم و فیها الصحیح عن أحمد بن زیاد (1)و هو واقفی

«عن ابی الحسن علیه السلام«قال:



---

1- 1) الکافی ج 7 ص 20 ح 17،التهذیب ج 9 ص 222 ح 872،الوسائل ج 13 ص 463 ح 2.

سألته عن الرجل تحضره الوفاه و له مماليك لخاصه نفسه،و له مماليك فی شركه رجل آخر،فيوصی فی وصيته مماليكی أحرار،ما حال مماليكه الذين فی الشركه فقال:يقومون عليه ان كان ماله يحتمل ثم هم أحرار».

و قال ابن إدريس:الذی يقوی عندی أنه لا يقوم من فی الشركه،بل يعتق منهم بقدر ما يملكه،و لا يعطی شريكه ثمن حصته،و ان احتمل ثلثه ذلك،لأنه بعد موته لا يملك الثلث،إذا لم يوص به،لأن الموت يزول به ملكه إلا ما استثنی من ثلثه،و هذا ما استثنی شيئا،و الی هذا القول مال المتأخرين و هو قول الشيخ فی المبسوط أيضا،حيث قال:إذا أوصی بعتق شقص له من عبد،ثم مات أعتق عنه ذلك الشقص،و لم يقوم عليه نصيب شريكه،و ان كان غنيا،لأن ملكه زال عن ماله بالموت إلا القدر الذی استثناه.

و العلامه فی المختلف حيث اختار مذهب الشيخ فی النهايه استدل عليه بأن الموصی أوجد سبب السرايه فی العتق،فيوجد مسببه،أما المقدمه الأولی فلأن العتق فی الحقيقه مستند اليه،و لهذا كان ولائه له،و أما الثانيه فظاهره،ثم أورد الروايه المذكوره.

و اعترضه فی المسالك فيما أورده من التعليل العقلی بأنه ان أراد مطلق السبب أعم من التام لم يفده المطلوب،و ان أراد به التام منعناه هنا،لأن السبب التام للسرايه العتق مع اليسار،و اليسار هنا منتف،لأنه لا يملك بعد الموت، أو تقول ان سبب السرايه انما هو العتق لا الوصيه به،و العتق انما وقع بعد الوفاه، فمسببه يجب أن يقع بعده كذلك مع اجتماع شرائطه الذی من جملته اليسار،و هو منتف هنا بعد الوفاه،لما ذكرناه،ثم قال:فان قيل:كما أن العتق سبب قريب فی السرايه،كذلك الوصيه سبب فيها،لأنها سبب العتق،و قد حصلت حاله اليسار.لأنه المفروض و العتق سبب فی السرايه،قلنا:مجرد وجود السبب لا يقتضی وجود المسبب،إلا إذا اجتمعت شرائطه،و إلا فيمكن تخلف المسبب عن

سببه،لفقد شرط،و هو هنا كذلك،لأن شرط العتق وفاه الموصى،لأنه جعله وصيه،و الوصيه انما تقع بعد الوفاه،فإذا تخلف المسبب و هو العتق عن سببه الى ما بعد الوفاه،لزم معه تخلف مسببه،و هو السرايه كذلك و تم المطلوب،حيث لم يصادف المال،ثم رد الروايه بأنها لا تصلح لتأسيس الحكم بذاتها لضعف سندها بأحمد بن زياد المذكور،فإنه واقفى غير ثقه،انتهى.

أقول:يمكن أن يقال ان محل البحث و موضوع المسئله من أوصى بعتق مماليكه بمعنى أنهم يعتقون بعد موته،أو ينعتقون،و فهم هذا المعنى من لفظ الروايه غير ظاهر،فان ظاهرها أنه كتب فى وصيته أو قال:بلسانه فى ذلك مماليكى أحرار،و ظاهر هذه العباره محتمل للإنشاء،فيكون ذلك عتقا لهم فى ذلك الوقت،و محتمل للأخبار عن عتق سابق،و على كل من الأمرين،فالعتق قد وقع حال الحياه،فيترتب عليه ما ذكره فى الروايه من السرايه ان كان فى ثلثه ما بقى بذلك،و أما أن المراد بها الوصيه بأن يعتق مماليكه بعد موته،فهو فى غايه البعد عن حاق لفظها،فان قيل:ان ذلك مفهوم من قوله فيوصى فى وصيته، و الوصيه بالعتق يقتضى الانعتاق بعد الموت لا قبله،قلنا يمكن ارتكاب التجوز فى هذا اللفظ،بمعنى أنه يقول:و يذكر هذا القول فى تلك الحال،و باب التجوز فى الكلام واسع،و ارتكاب ما قلناه أولى و أقرب مما ذهب إليه القائلون بالقول الأول من التقديم على الموصى،مع أنه لا ـ مال له بعد الموت،كما أورده عليه، و أولى منه ما ذهب اليه من رد الخبر و إطراحه بالكليه،مع عدم وجود ما يضاده من الأخبار،و العمل بالخبر مهما أمكن أولى من طرحه،و على ما ذكرناه فالخبر لا يكون من محل الاستدلال فى شيء،فيبقى القول الأول خاليا من الدليل، و يكون العمل على القول الثانى،بناء على القاعده المذكوره،و هى أنه لا يقوم عليه إلا مع وجود المال له،و لا مال فى تلك الحال.

و بالجمله فإن الظاهر بهذا الفهم القاصر،و الذهن الخاسر،ان حمل الخبر

ص :۴۴۶

على ما ذكرناه ممكن بما عرفت من التقريب،فلا يلزم مخالفته للقواعد بناء على القول الأول،و لا رده بناء على القول الثانى،و الله العالم.

## إلحاق يشتمل على جمله من الفروع:

### الأول [فى إجازه الوارث الوصيه بالنصف ثم دعواه قله المال] :

قالوا:لو أوصى بنصف ماله مثلا،و أجاز الورثه،ثم قالوا:ظننا أنه قليل،كما لو قالوا بعد إجازتهم الوصيه بالنصف،ظننا أنه ألف درهم،فظهر ألف ألف دينار،فإنه يقبل قولهم فى دعوى ظن قله المال مع يمينهم،و يقضى عليهم بما ادعوا ظنه،فإذا حلفوا قضى عليهم بصحه الإجازه فى خمسمائه درهم، و علل قبول قولهم باستناده إلى أصاله عدم العلم بالزائد،مضافا الى أن المال مما يخفى غالبا،و أن دعواهم يمكن أن تكون صادقه،و لا يمكن الاطلاع على صدق ظنهم إلا من قبلهم،لأن الظن من الأمور النفسانيه،فلو لم يكتف فيه باليمين لزم الضرر،لتعذر إقامه البينه على دعواهم.

و ترد المحقق فى ذلك،و منشأه مما ذكرنا،و من تناول لفظ الموصى للقليل و الكثير،و قدومه على ذلك مع كون المال مما يخفى كما ذكر،فالرجوع الى قولهم رجوع عن اللفظ المتيقن الدلاله على معنى يعم الجميع الى دعوى ظن يجوز كذبه.

قال فى المسالك بعد ذكر ذلك:و الأقوى القبول،و حينئذ فيدفع الى الموصى له نصف ما ظنوه،و ثلث باقى التركه،انتهى.

أقول:لا ريب فى قوه ما قواه بالنظر الى هذه التعليلات المذكوره من الطرفين،إلا أن الاعتماد عليها فى تأسيس الأحكام الشرعيه كما عرفت فى غير مقام مما تقدم،لا يخلو عن الاشكال،و المسئله عاريه من النصوص على الخصوص و الصلح طريق الاحتياط،و الله العالم.

### الثانى [دعوى الورثه أن الوصيه أزيد مما ظنوا] :

قالوا:لو أوصى بعبد أو بدار،فأجاز الورثه الوصيه،ثم ادعوا أنهم

ظنوا أن ذلک الثلث أو أزید بیسیر،مع ظهور کون ذلک أزید بکثیر،لقله المال لم یسمع دعواهم فی هذه الصوره،لأن الإجازه هنا قد تضمنت معلوما،بخلاف ما تقدم فی سابق هذا الموضع،و حاصل الفرق بین المسئلتین أن الإجازه فی هذه الصوره وقعت علی معلوم للورثه،و هی العین المخصوصه کیف کانت من الترکه، فکانت الإجازه ماضیه علیهم،بخلاف الصوره الأولی حیث أن الوصیه فیها بجزء مشاع،و هو النصف من الترکه مثلا،و العلم بمقداره قله و کثره موقوف علی العلم بالترکه کملا،و الأصل عدمه،فتسمع فیه دعوی الجهاله،و أنت خبیر بما فی هذا الفرق من تطرق احتمال المناقشه،و لهذا مال فی الدروس إلی التسویه بین المسئلتین،و القبول فی الحالین،و جعله العلامه فی التحریر وجها،و فی القواعد احتمالا.

و وجه المناقشه التی أشرنا إلیها،و ما ذکره فی المسالک من أن الإجازه و ان وقعت علی معلوم للورثه کما یدعونه،إلا أن کونه مقدار الثلث أو ما قاربه مما سامحوا فیه انما یعلم بعد العلم بمقدار الترکه،و الأصل عدم علمهم بمقدارها،و بنائهم علی الظن،فکما احتمل ظنهم قله النصف فی نفسه،یحتمل ظنهم قله العین بالإضافه إلی مجموع الترکه،و ان لم یکن قلیلا فی نفسه،قال:و مخالفه الأصل هنا بظنهم کثره المال مع أن الأصل عدمه،لا یؤثر فی رفع الظن عنه و اعتقاد کثرته،بل یمکن عدم ظهور خلاف ما اعتقدوه من الکثره،و لکن ظهر علیه دین قدم علی الوصیه،فقل المال الفاضل عنهما،و هذا موافق للأصل کالأول، ثم قال:و أیضا فمن جمله المقتضی للقبول فی الأول،إمکان صدقهم فی الدعوی، و تعذر إقامه البینه بما یعتقدونه،و هو متحقق هنا،لأن الأصل عدم العلم بمقدار الترکه،و ذلک یقتضی جهاله قدر المعین من الترکه کالمشاع،و لعل القبول أوجه،انتهی.

و الغرض من التطویل بنقل کلامهم مع ما عرفت من عدم الاعتماد علیه،

ص :۴۴۸

مع خلوه من الـدليل الواضـح،هو وقوف الناظر فى الكتاب على ما فى هذه المسائل من كلام الأصـحاب(رحمهم الله)فلعله يتشوق نفسه الى الوقوف على كلامهم، و نقضـهم فيها و إبرامهم،و قـد أشـرنا فى غير موضع مما تقـدم أن الغرض من الكتاب هو أن لا يحتاج الناظر فيه الى مراجعه شـىء من كتب الأخبار،لاحاطتهم فيه بجميع أخبار كل مسئله مسئله،و كذلك لا يحتاج إلى مراجعه كتب الأصـحاب للاطلاع على ما ذكروه فى كل مسـئله مسـئله حسب الإمكان،و إلا فاسـتقصاء كلامهم فى كل مسـئله مسئله مما يتعذر غالبا،فيكون كتابنا هذا مغنيا عن مراجعه غيره من كتب الأخبار،و كتب الفروع فى الجمله ان شاء الله تعالى.

### الثالث [فى الوصيه بثلث ماله مشاعا] :

الظاهر أنه لا إشـكال فى أنه لو أوصـى له بثلث ماله مشاعا فان الموصـى له من كل شىء من التركه ثلثه حاضرا كان أو غائبا عينا كان أو دينا فهو شريك للورثه فى كل جزء جزء من التركه.

أما لو أوصـى له بثلث التركه معينا فى عين مخصوصه،كدار مخصوصه، أو عبد مخصوص،فان الموصى له يملكه بالقبول،و موت الموصـى،و لا اعـتراض، للـورثه مـن حيـث اختصـاصه بـالعين عنهـم،و لهـم منهـا الثلثـان،لأنـه لا خلاف فى أن للموصـى ثلث مـاله،يتصـرف فيه كيـف شـاء،و أنه لا يتوقـف على اذن الـورثه، غـايه الأمر أنه بعـد أن خصه بهـذه العين من حيث كونهـا ثلث التركه،و هو لا يملك من هذه العين إلا ثلثها،جعل ما بأيديهم من ضعف الوصيه من جمله التركه كالقيمه الشرعيه عما يستحقونه من ثلثى هذه العين،هذا إذا كان ضعف الموصى به بأيديهم،كما هو المفروض.

أما لو لم يكن بأيديهم بأن كان له مال غائب،أو بيد متغلب،فان لم يكن بأيديهم من التركه شـىء أصـلا،فللموصـى له ثلث تلك العين خاصه،و كان انتقال ثلثيها موقوفا على تمكين الوارث من ضـعفها من التركه،و ان كان بيدهم شىء لا يقوم بالنصف فله من العين ما يحتمله الثلث منها و مما بأيديهم من التركه،

و الباقی یصیر موقوفا لا نحکم به لأحد منهما حتی یتضح الحال،فیجعل أمانه بید الحاکم أو أمینه أو من یتفقان علیه الی أن یتبین الأمر،لحصول الغائب و عدمه.

ثم ان هذا القدر المتخرج من الثلث المنحصر فی بعض هذه العین منجز هل یتسلط الموصی له علیه أم لا؟بل یمنع من التصرف فیه و ان کان ملکا له،وجهان:

اختار أولها فی المسالک،قال:لوجود المقتضی و هو ملکه له بالوصیه المحکوم بصحتها بالنسبه إلی الثلث علی کل حال،لأن غایه ما هناک تلف الغائب بأجمعه فیکون الحاضر هو مجموع الترکه فیملک ثلثه بغیر مانع،ثم ذکر وجه المنع و رده بما هو مذکور ثمه.

**الرابع [لو أوصی بثلث عبده فتبین أنه لیس له من العبد إلا ثلثه] :**

قالوا:لو أوصی بثلث عبده فتبین أنه لیس له من العبد إلا ثلثه، و أن ثلثیه،مستحق للغیر،فإن الوصیه تصح فی ذلک الثلث،ثم ان کان الموصی لا یملک غیر ذلک العبد لم تنفذ وصیته المذکوره،إلا فی ثلث الثلث الذی یستحقه، و وقف فی ثلثیه علی الإجازه،و ان ملک غیره اعتبر خروج ثلث العبد من ثلث الترکه.

و نقل عن بعض العامه،أنه حکم بنفوذ الوصیه فی المسئله المذکوره فی ثلث الثلث خاصه،و الذی علیه الأصحاب کما عرفت أن الوصیه إنما تنصرف الی مستحقه خاصه،و هو الثلث علی التفصیل المتقدم،و ما ذهب الیه ذلک القائل کأنه منزل علی الإشاعه،و جواز الوصیه بمال الغیر،بمعنی أنه لو أوصی بثلث شائع فی العبد و هو ملک الجمیع من الموصی و باقی الشرکاء،فلا تنفذ وصیته فیه،بل انما تنفذ فی ثلثه،و یرجع الی کون موصی به ثلث الثلث،و رده الأصحاب بأن الوصیه لا تصح إلا بما یملکه الموصی،فلو أوصی بمال الغیر لغت،فلا تنزل علی الإشاعه المستلزمه للوصیه بمال الغیر.

**الخامس [فی انصراف الوصیه بما یقع اسمه علی المحلل و المحرم إلی المحلل] :**

المشهور فی کلام المتأخرین أنه لو أوصی بما یقع اسمه علی المحلل و المحرم انصرف اللفظ الی المحلل،صونا للمسلم عن المحرم کما إذا

أوصى بعود من عيدانه و له عود لهو،و عيدان قسى،و عيدان عصى،و عيدان المسقف و البنيان،و أيده بعضهم بوجوب تنفيذ الوصيه بحسب الإمكان لعموم «فَمَنْ بَدَّلَهُ بَعْدَ مٰا سَمِعَهُ» و هو لا يتم إلا بذلك.

و قال الشيخ فى المبسوط:إطلاق قوله عود من عيدانى ينصرف الى العود الذى يضرب به للهو،لأن ذلك يسمى بالإطلاق عودا فى العاده،ثم ينظر فان كان له منفعه غير الضرب صحت الوصيه،و ان لم تكن له منفعه مباحه و لا يصلح إلا للعب بطلت الوصيه.

أقول:لا ريب أن لفظ العود هنا من الألفاظ المشتركه،و من شأن اللفظ المشترك ان لا يحمل على أحد معانيه إلا بالقرينه،و فى كون ما ذكروه من صون المسلم عن المحرم قرينه على المحلل على إطلاقه محل اشكال،سيما مع شيوع استعمال المسلمين للهو و اللعب بالعود و غيره،فلو ثبت ذلك بحال الموصى و ما هو عليه من التورع عن المحرمات،أو عدم ذلك،و لو فى سائر الحالات لكان حسنا.

نعم لو لم يكن له عود لهو بالكليه،انصرف الى المحلل بغير اشكال،و ان كان اللفظ أعم من المحرم،و لو لم يكن له إلا العود المحرم قيل تبطل الوصيه، لانصرافه الى غير المشروع،حيث لم يكن له غيره،و الحال أنه قد خصها بما هو له،فلا ينتقل الى تحصيل غيره.

و ظاهر كلام الشيخ المتقدم أنه ان كان له منفعه مباحه غير الضرب صحت الوصيه،و إلا فلا،و قيل:تصح الوصيه به،و لكن تزال عنه الصفه المحرمه، بأن يحول منها الى غيرها من الصفات المحلله إن أمكن،و إلا بطلت الوصيه، و إطلاق العباره يقتضى أن زوال الصفه المحرمه مع بقاء المنفعه لو تحقق بكسره و الانتفاع بخشبه فى بعض المنافع المحلله،يكفى فى الصحه على هذا القول.

و استشكل فى المسالك فى ذلك بأنه يخرج بالكسر عن كونه عودا لأن وصيته معتمده على وصف العود فكسره خروج عن الاسم،ثم قال:لا يقال:إذا

انتقل الی الموصی له فله أن یفعل به ما شاء،و من جملته کسره،بل هو واجب حیث یتوقف زوال الصفه المحرمه علیه،فلا یقدح ذلک فی جواز الوصیه،لأنا نقول ان جواز تصرفه فیه بالکسر و غیره موقوف علی صحه الوصیه،و صحتها موقوف علی کسره فیدور،و لو قیل:أنه یمکن کسره من غیر الموصی له قبل دفعه الیه لیندفع الدور،جاء فیه ما تقدم من زوال اسم العود الذی هو متعلق الوصیه،فلا یکون بعد کسره موصی به،فلا یحصل بدفعه الی الموصی له الامتثال،انتهی.

أقول:لا یخفی أن مبنی کلامه(قدس سره)علی أنه بالکسر یخرج عن کونه عودا،فلو دفع بعد الکسر الی الموصی له لم یصدق الإتیان بالوصیه و الامتثال لها،و فیه أن أحد أفراد العود عود الخشب،و هذا بعد الکسر و ان خرج عن عود اللهو،إلا أنه لا یخرج عن عود الخشب،قال فی کتاب المصباح المنیر:و عود اللهو و عود الخشب،جمعه أعواد و عیدان،و نحوه فی القاموس،و حینئذ فیرجع الکلام إلی ما ذکره ذلک القائل من صحه الوصیه متی أزیلت عنه صفه المحرمه،و حول الی غیرها من الصفات المحلله،و أن هذا العود بکسره قد خرج عن عود اللهو، و صار من قبیل عود الخشب،الذی منافعه المترتبه علیه محلله.

ثم انه قال فی المسالک علی أثر الکلام المتقدم:و الأقوی أنه إن أمکن إزاله الصفه المحرمه مع بقاء اسمه،صحت الوصیه،و إلا بطلت لحصره فیما عنده، و هو ینافی تحصیل عود من خارج،و لم یوجد عنده ما یتناوله الاسم شرعا، فیکون ذلک بمنزله ما لو أوصی بالمحرم،انتهی.

أقول:قد عرفت بما أوضحناه بقاء اسم العود علی الباقی بعد الکسر،فتصح الوصیه،و لا یحتاج الی تحصیل عود من خارج بأی معنی کان،فان الموجود عنده بعد الکسر مما یتناوله اسم العود،فلا موجب لبطلان الوصیه،و الله العالم.

### السادس [فی صحه الوصیه بالکلاب المملوکه] :

قال المحقق فی الشرائع:و تصح الوصیه بالکلاب المملوکه،

ککلب الصید،و الماشیه،و الحائط،و الزرع،قال الشارح فی قوله المملوکه:

تنبیه،علی أنا لو لم نقل بملکها لم تصح الوصیه بها لعدم کونها مالا منتفعا به و من ثم لم یصح بیعها عند القائل بعدم المالیه،و الأقوی جواز الوصیه بها و ان لم نقل بملکها و لم نجوز بیعها،لثبوت الاختصاص بها و انتقالها یدا الی ید بالإرث و غیره، و هو أعم من الملک.

أقول:قد حققنا فی کتاب البیع (۱)أن المستفاد من الأخبار اختصاص الملک و جواز البیع و نحوه بکلب الصید خاصه،کما هو أحد الأقوال فی المسئله، و أن ما عداه لا دلیل علی جواز تملکه و لا بیعه،و لا غیرهما من الأحکام،و منها الوصیه هنا،و أما ما ذکره الشارح هنا من جواز الوصیه بالکلاب و ان لم نقل بملکها و لم نجوز بیعها،فهو مشکل.

أما أولا فلما صرحوا به من أن من شروط الوصیه صحه الملک لکل من الموصی و الموصی له،کما تقدم فی المسئله الأولی من مسائل هذا المقصد، و قد اعترف بذلک الشارح المذکور،حیث قال بعد قول المصنف و یعتبر فیهما الملک؟فلا یصح بالخمر و الخنزیر و الکلب الهراش ما صورته:المراد هنا صلاحیه الملک للموصی و الموصی له،کما ترشد إلیه الأمثله،فإن المذکورات لا تقبل الملک بالنسبه إلی المسلم،أو مطلقا بناء علی اعتبار الواقع فی نفس الأمر الی أن قال:

و احترز بکلب الهراش عن الکلاب الأربعه و الجر و القابل للتعلیم،فتصح الوصیه بها،لکونها مملوکه لها قیمه و منفعه،و هو کما تری صریح فیما ذکرناه، و علی هذا المنوال کلمه غیره من الأصحاب فی هذا المجال.

و أما ثانیا فلان الوصیه حکم شرعی یترتب علیها جمله من الأحکام کما فی جمله الوصایا المبحوث عنها فی هذا المقام،فلا بد فی إثباته من الدلیل الشرعی کما هو واضح لذوی الأفهام،و غایه ما یدل علیه الدلیل صحه الوصیه بالمملوک،فغیره



---

۱- ۱) ج ۱۸ ص ۸۰.

يتوقف على الدليل،و مجرد هذه التعليلات العليله لا يجوز أن ترتب عليها الأحكام الشرعيه.

و اما ثالثا فان ما ادعاه من انتقالها من يد الى يد بالإرث و غيره مجرد دعوى، لا يخرج عن المصادره،فإن المانع للملك يمنع من حصول الإرث فيها،لكونه فرع الملك بلا خلاف نصا و فتوى و بالجمله فإن كلامه(قدس سره)هنا لا يخلو من تساهل ثم أنه قال فى المسالك:إذا تقرر ذلك فإذا أوصى بكلب تجوز الوصيه به، فان وجد فى التركه فذاك،و إلا فإن جوزنا شراءه اشترى من التركه و دفع الموصى له،و ان لم نجوز شراءه احتمل بطلان الوصيه حينئذ،لعدم إمكان إنفاذها على الوجه المشروع،و مراعاه تحصيله بغير البيع،إذ لا يلزم من عدم جواز بيعه عدم إمكان تحصيله بغيره،فيجب تحصيله على الوارث تفصيا من تبديل الوصيه مع إمكان إنفاذها،فإن أمكن تحصيله و الا بطلت و يشكل بأنه لا يلزم،من إمكان تحصيله للوارث وجوبه عليه إذ لا يجب عليه إنفاذ وصيه مورثه إلا من مال المورث و هو منتف هنا،و الأقوى البطلان مطلقا،لكن لو تبرع به متبرع من وارث و غيره صح،و ان لم يكن ذلك واجبا،انتهى.

### تتميم:

### اشاره

فی ذکر جمله من الوصایا المبهمه

### فمنها الوصيه بالجزء من ماله

،و قد اختلف الأصحاب فى ذلك باختلاف الأخبار فيما هنالك،فذهب جمع منهم الشيخ فى كتابى الأخبار و الشيخ على بن بابويه و ابنه إلى أنه العشر،و اختاره العلامه فى المختلف،و هو ظاهر المحقق فى الشرائع حيث نسبه الى أشهر الروايتين،و ذهب جمع منهم الشيخ المفيد و الشيخ فى النهايه و ابن الجنيد و سلار و ابن البراج إلى أنه السبع،و نقله فى المسالك عن أكثر المتأخرين.

و الذى يدل من الأخبار على الأول ما رواه فى الكافى و التهذيب فى الحسن

ص: ۴۵۴

أو الصحيح فى الأول،

و الصحيح فى الثانى عن عبد الرحمن بن سيابه (۱)و هو مجهول قال:

«ان امرأه أوصت الى و قالت ثلثى يقتضى به دينى،و جزء منه لفلانه، فسألت عن ذلك ابن أبى ليلى فقال ما أرى لها شيئا،ما أدرى ما الجزء فسألت عنه أبا عبد الله عليه السلام بعد ذلك و خبرته كيف قالت المرأه و ما قال ابن أبى ليلى فقال:

كذب ابن أبى ليلى،لها عشر الثلث،ان الله تعالى أمر إبراهيم عليه السلام فقال (۲):

«اجْعَلْ عَلىٰ كُلِّ جَبَلٍ مِنْهُنَّ جُزْءاً» و كانت الجبال يومئذ عشره،و الجزء هو العشر من الشيء».

و العلامه فى المختلف روى هذه الروايه عن عبد الله بن سنان،و أنه هو الوصى و السائل عن هذه المسئله،و عد الخبر فى الصحيح،و الذى فى الكافى و التهذيب عن عبد الله بن سنان إنما هو راو عن عبد الرحمن بن سيابه،و به تكون الروايه على اصطلاحهم ضعيفه،و كان لفظ عبد الرحمن بن سيابه سقط،من نسخه الكتاب الذى عنده،أو أنه غفل عنه،إلا أن الشيخ فى الاستبصار رواه كذلك فالظاهر أنه نقل الخبر عن الاستبصار،و لم يراجع الكافى و التهذيب،و مما يؤيد العمل على ما فى التهذيب كما ذكره شيخنا فى المسالك،من أن من المستبعد جدا أن عبد الله بن سنان الفقيه الجليل الإمامى يسأل ابن أبى ليلى فى ذلك،بل الموجود فى الأخبار أن ابن أبى ليلى كان يسأله،و يسأل أصحابه مثل محمد بن مسلم و غيره عن كثير من المسائل،و الشهيد فى الدروس قد تبع العلامه فى هذا المقام وثوقا بكلامه فى المختلف،و اعتمادا على ما فى الاستبصار،و لم يراجع الكتابين الآخرين.

و منها ما رواه

المشايخ الثلاثه فى الموثق أو الحسن الذى لا يقصر عن الصحيح



---

۱- ۱) الكافى ج ۷ ص ۳۹ ح ۱،التهذيب ج ۹ ص ۲۰۸ ح ۸۲۴،الاستبصار ح ۴ ص ۱۳۱ ح ۴۹۴،الوسائل ج ۱۳ ص ۴۴۲ ح ۲.

۲- ۲) سوره البقره-الايه ۲۶۰.

عن معاویه بن عمار (۱)قال: «سألت أبا عبد الله علیه السلام عن رجل أوصی بجزء من ماله،قال:جزء من عشره،قال الله تعالی (۲)«اجْعَلْ عَلیٰ کُلِّ جَبَلٍ مِنْهُنَّ جُزْءاً» و کانت الجبال عشره».

و ما رواه

فی الکافی و التهذیب فی الصحیح أو الحسن عن ابان بن تغلب (۳)قال:

«قال أبو جعفر علیه السلام الجزء واحد من عشره،لأن الجبال کانت عشره،و الطیر أربعه».

و ما رواه

فی التهذیب عن أبی بصیر (۴)

«عن أبی عبد الله علیه السلام فی رجل أوصی بجزء من ماله:قال:جزء من عشره،و قال:کانت الجبال عشره».

و رواه العیاشی فی تفسیره مثله (۵)،و زاد:

و کانت الطیر الطاوس،و الحمامه، و الدیک و الهدهد،فأمره أن یقطعهن.الی آخره.

و ما رواه

الصدوق(قدس سره)فی کتاب معانی الأخبار عن ابان بن تغلب (۶)

«عن أبی جعفر علیه السلام فی الرجل یوصی بجزء من ماله؟قال:الجزء واحد من عشره، لأن الله تعالی یقول «ثُمَّ اجْعَلْ عَلیٰ کُلِّ جَبَلٍ مِنْهُنَّ جُزْءاً» و کانت الجبال عشره، و الطیر أربعه فجعل علی کل جبل منهن جزءا».

قال:و روی

أن الجزء واحد من سبعه،لقول الله عز و جل «لَهٰا سَبْعَهُ أَبْوٰابٍ لِکُلِّ بٰابٍ مِنْهُمْ جُزْءٌ مَقْسُومٌ» .

و منها ما رواه

فی الکتاب المذکور فی الصحیح عن عبد الله بن سنان (۷)قال:

«سألت أبا عبد الله علیه السلام عن امرأه أوصت بثلثها یقضی به دین ابن أخیها و جزء

۱- ۱) الکافی ج ۷ ص ۴۰ ح ۲،التهذیب ج ۹ ص ۲۰۸ ح ۸۲۵،الفقیه ج ۴ ص ۱۵۲ ح ۵۲۸،الوسائل ج ۱۳ ص ۴۴۳ ح ۳.

۲- ۲) سوره البقره-الایه ۲۶۰.

۳- ۳) الکافی ج ۷ ص ۴۰ ح ۳،التهذیب ج ۹ ص ۲۰۹ ح ۸۲۶.

۴- ۴) الکافی ج ۷ ص ۴۰ ح ۳،التهذیب ج ۹ ص ۲۰۹ ح ۸۲۷.الوسائل ج ۱۳ ص ۴۴۲ ح ۱.

۵- ۵) تفسیر العیاشی ج ۱ ص ۱۴۴ ح ۴۷۵.الوسائل ج ۱۳ ص ۴۴۶ ح ۱۱.

۶- ۶) معانی الأخبار ص ۲۱۷ ح ۱.الوسائل ج ۱۳ ص ۴۴۴ ح ۶.

۷- ۷) معانی الأخبار ص ۲۱۷ ح ۲ ط إیران سنه ۱۳۷۹.الوسائل ج ۱۳ ص ۴۴۴ ح ۶.

لفلان و فلانه فلم أعرف ذلک،فقدمنا الی ابن أبی لیلی،قال:فما قال لک؟قلت:

قال:لیس لهما شیء فقال:کذب و الله،لهما العشر من الثلث».

و ما رواه

العیاشی (1)فی تفسیره عن عبد الصمد بن بشیر فی خبر یتضمن

«أن أبا جعفر المنصور جمع القضاه فقال لهم:رجل أوصی بجزء من ماله فکم الجزء؟فلم یعلموا و اشتکوا الیه،فأبرد بریدا الی صاحب المدینه أن یسأل جعفر بن محمد فسأله فقال أبو عبد الله علیه السلام:هذا فی کتاب الله بین،ان الله یقول لما قال إبراهیم رَبِّ أَرِنِی کَیْفَ تُحْیِ الْمَوْتیٰ .، (2)«ثُمَّ اجْعَلْ عَلیٰ کُلِّ جَبَلٍ مِنْهُنَّ جُزْءاً» ،فکانت الطیر أربعه و الجبال عشره،یخرج الرجل من کل عشره أجزاء جزءا واحدا»،الحدیث.

و ما رواه

العیاشی فی تفسیره عن محمد بن إسماعیل عن عبد الله بن عبد الله (3)قال:

«جائنی أبو جعفر بن سلیمان الخراسانی،و قال:نزل بی رجل من أهل خراسان من الحجاج،فتذاکرنا الحدیث،فقال:مات لنا أخ بمرو و أوصی الی بمائه ألف درهم و أمرنی ان أعطی أبا حنیفه منها جزءا،و لم أعرف الجزء کم هو مما ترک، فلما قدمت الکوفه أتیت أبا حنیفه فسألته عن الجزء،فقال لی الربع،فأبی قلبی ذلک فقلت:لا أفعل حتی أحج و أستقصی المسئله،فلما رأیت أهل الکوفه قد اجتمعوا علی الربع،قلت لأبی حنیفه الی أن قال:و أنا أرید الحج فلما أتینا مکه و کنا فی الطواف فإذا نحن برجل شیخ قاعد قد فرغ من طوافه،و هو یدعو و یسبح إذ التفت أبو حنیفه فلما رآه قال:ان أردت أن تسأل غایه الناس فاسئل هذا،فلا أحد بعده،قلت:و من هذا؟قال:جعفر بن محمد،فلما قعدت و استمکنت إذ استدار أبو حنیفه خلف ظهر جعفر بن محمد،فقعد قریبا منی فسلم علیه و عظمه و جاء غیر واحد مزدلفین مسلمین علیه،و قعدوا فلما رأیت ذلک من تعظیمهم له اشتد ظهری،فغمزنی أبو حنیفه أن تکلم،فقلت:جعلت فداک انی



---

1- 1) تفسیر العیاشی ج 1 ص 143 ح 473،الوسائل ج 13 ص 444 ح 8 الباب 54.

2- 2) سوره البقره-الایه 260.

3- 3) تفسیر العیاشی ج 1 ص 144 ح 476،الوسائل ج 13 ص 445 ح 9 الباب 54.

رجل من خراسان و ان رجلا مات و أوصى الى بمائه ألف درهم و أمرنى أن اعطى منها جزءا،و سمى لى الرجل،فكم الجزء جعلت فداک؟فقال جعفر بن محمد يا أبا حنيفه:قل فيها،فقال:الربع،فقال لابن أبى ليلى:قل فيها،فقال:

الربع،فقال جعفر عليه السلام:و من أين قلتم الربع؟قالوا:لقول الله تعالى (۱)«فَخُذْ أَرْبَعَةً مِنَ الطَّيْرِ فَصُرْهُنَّ إِلَيْکَ ثُمَّ اجْعَلْ عَلىٰ كُلِّ جَبَلٍ مِنْهُنَّ جُزْءاً» ،فقال أبو عبد الله عليه السلام و أنا أسمع هذا قد علمت الطير أربعه،فكم كانت الجبال،إنما الأجزاء للجبال،ليس للطير،فقالوا:ظننا أنها أربعه فقال أبو عبد الله عليه السلام و لكن الجبال عشره»،و روى جزء من سبعه (۲)لقول الله عز و جل (۳)«لَهٰا سَبْعَةُ أَبْوٰابٍ لِكُلِّ بٰابٍ مِنْهُمْ جُزْءٌ مَقْسُومٌ» . انتهى.

هذا جمله ما وقفت عليه من الأخبار الداله على القول الأول.

و أما ما يدل على القول الثانى من الأخبار فمنه ما رواه

الشيخ فى الصحيح عن البزنطى (۴)قال:

«سألت أبا الحسن عليه السلام عن رجل أوصى بجزء من ماله فقال:

واحد من سبعه،ان الله تعالى يقول «لَهٰا سَبْعَةُ أَبْوٰابٍ لِكُلِّ بٰابٍ مِنْهُمْ جُزْءٌ مَقْسُومٌ» قلت:رجل أوصى بسهم من ماله؟فقال:السهم واحد من ثمانيه،ثم قرأ «إِنَّمَا الصَّدَقٰاتُ لِلْفُقَرٰاءِ وَ الْمَسٰاكِينِ» الى آخر الآيه.

و عن إسماعيل بن همام الكندى (۵)

«عن الرضا عليه السلام فى الرجل يوصى بجزء من ماله و لم يعينه،فاختلف الوارث بعده فى ذلك فقضى عليهم بإخراج السبع من ماله و تلا قوله تعالى «لَهٰا سَبْعَةُ أَبْوٰابٍ لِكُلِّ بٰابٍ مِنْهُمْ جُزْءٌ مَقْسُومٌ» ،. و قد تقدم فى عباره كتاب الفقه الرضوى و كذا فى عباره المقنع الإشاره الى هذه الروايه.



---

۱- ۱) سوره البقره-الايه ۲۶۰.

۲- ۲) الوسائل ج ۱۳ ص ۴۴۴ ح ۶.

۳- ۳) سوره الحجر-الايه ۴۴.

۴- ۴) التهذيب ج ۹ ص ۲۰۹ ح ۸۲۸،الوسائل ج ۱۳ ص ۴۴۷ ح ۱۲.

۵- ۵) التهذيب ج ۹ ص ۲۰۹ ح ۸۲۹،الوسائل ج ۱۳ ص ۴۴۷ ح ۱۳.

و روی العیاشی فی تفسیره عن البزنطی (۱)

«عن الرضا علیه السلام قال:سأله رجل عن الجزء و جزء الشیء،فقال:من سبعه،ان الله یقول لَهٰا سَبْعَهُ أَبْوٰابٍ لِکُلِّ بٰابٍ مِنْهُمْ جُزْءٌ مَقْسُومٌ ».

و رووا أیضا عن إسماعیل بن همام الکوفی (۲)

«عن الرضا علیه السلام فی رجل أوصی بجزء من ماله؟فقال:جزء من سبعه،ان الله یقول فی کتابه:

لَهٰا سَبْعَهُ أَبْوٰابٍ لِکُلِّ بٰابٍ مِنْهُمْ جُزْءٌ مَقْسُومٌ ».

و فی الفقیه (۳)روی البزنطی عن الحسین بن خالد

«عن ابی الحسن علیه السلام قال:سألته عن رجل أوصی بجزء من ماله قال:سبع ثلثه».

هذا ما وقفت علیه من الروایات الداله علی القول الثانی و الشیخ قد جمع بین الأخبار بحمل الجزء علی العشر،فیجب أن ینفذ فی واحد من عشره،و حمل أخبار السبع علی أنه یستحب للورثه إنفاذه فی واحد من سبعه،لتتلائم الأخبار، و هو ان کان لا یخلو من بعد لأن ظاهر أخبار السبعه هو أن الحکم الشرعی ذلک، حیث فسروا علیهم السلام الجزء بأنه من سبعه،بقول مطلق،إلا أنه فی مقام الجمع لا مندوحه عنه،و لا صرح للحمل علی التقیه فی أحد الطرفین،لما عرفت من حدیث الخراسانی المتقدم،إلا أن یقال:بأن التقیه هنا انما هو بإیقاعهم علیهم السلام الاختلاف و ان لم یکن ذلک قولا للعامه،کما قدمناه فی مقدمات الکتاب من جلد کتاب الطهاره (۴)و یمکن أن یؤید القول الأول بفتوی الرضا علیه السلام فی کتاب الفقه بذلک،و نسبه الجزء من سبعه إلی الروایه.

و قال فی المسالک بعد ذکر حمل الشیخ(رحمه الله علیه):و لا بأس بهذا الحمل،حذرا من اطراح الروایات المعتبره،و قال فی المسالک أیضا بعد ذکر بعض ما ذکرناه من روایات الطرفین:و هذا القول-و أشار به الی القول الثانی-أصح



---

۱- ۱) تفسیر العیاشی ج ۲ ص ۲۴۳ ح ۲۰.
۲- ۲) تفسیر العیاشی ج ۲ ص ۲۴۴ ح ۲۱.الوسائل ج ۱۳ ص ۴۴۷ ح ۱۳.
۳- ۳) الفقیه ج ۴ ص ۱۵۲ ح ۵۲۹.الوسائل ج ۱۳ ص ۴۴۷ ح ۱۴.
۴- ۴) ج ۱ ص ۴.

روایه و الأول أکثر،فلذلک قال المصنف:أشهرهما العشر،و تلک أشهر،و هذه أصح،و ینبغی ترجیح الصحیح.

نعم من حکم بصحه روایه عبد الله بن سنان،و انضم إلیها حسنه أبان، و الباقی من الموثق،توجه ترجیحه لمضمونها،و هو خیره العلامه فی المختلف محتجا بکثرتها،و زیادتها علی هذه،و موافقتها للأصل و بعدها عن الإضراب،إذ فی روایه السبع أنه سبع ثلث و هی الروایه الثالثه التی أشار إلیهما المصنف أخیرا، و رواها الحسین بن خالد عن أبی الحسن (1)علیه السلام ثم ساق الروایه کما قدمناه، ثم قال و هذه الروایه مع جهاله سندها بالحسین بن خالد،شاذه لا عامل بمضمونها، و الفرق بینها و بین روایه عبد الله بن سنان المتضمنه لعشر الثلث،أن الموصی صرح فیها بکون الجزء من الثلث،و هنا جعله من ماله،و لا إشکال فی حمل الجزء علی معناه من العشر أو السبع لأی شیء نسب الی المال،فهو عشره أو سبعه أو الی الثلث أو النصف أو غیرهما،فهو العشر أو السبع من ذلک الجزء المنسوب إلیه فالروایه الأولی لا تخالف سوی روایه السبع،بخلاف هذه،فإنها مخالفه للجمیع انتهی.

أقول:أما ما رجح به القول الثانی من صحه روایته مشیرا بذلک إلی صحیحه البزنطی المتقدمه،ففیه أن فی روایات العشر أیضا ما هو صحیح،و هی صحیحه عبد الله بن سنان المتقدمه المرویه فی کتاب معانی الأخبار،و لکن العذر له ظاهر،حیث أن نظرهم مقصور علی روایات الکتب الأربعه.

و أما ما طعن به فی روایات السبع من الاضطراب بدلاله روایه الحسین بن خالد علی أن الجزء سبع ثلثه،و أنه لا قائل بذلک،ففیه أولا-أن رد هذه الروایه لهذه العله التی ذکرها،لا-یستلزم رد غیرها من تلک الأخبار الخالیه من هذه العله،و ثانیا أنه یمکن الجواب عما ذکره بحمل ماله فی الخبر علی ما یجوز له



---

۱- ۱) الفقیه ج ۴ ص ۱۵۲ ح ۵۲۹،الوسائل ج ۱۳ ص ۴۴۷ ح ۱۴.

التصرف فیه بعد موته،و لیس إلا الثلث،فإذا أضیف الجزء الیه و کان الجزء بمعنی السبع کما هو المفروض فی هذه الأخبار کان الحاصل سبع من ثلثه،و لا ینافی ذلک الأخبار المتقدمه بأن المراد بالجزء من ماله یعنی عشر ماله أو سبع ماله،لأن المال فی تلک محمول علی ظاهره و هو ماله فی حال الحیاه و فی هذا الخبر محمول علی ماله بعد الموت فلا یکون مخالفا لشیء من الأخبار،کما ذکره(قدس سره) و التأویل فی مثله بما ذکرنا للجمع بین الأخبار غیر عزیز.

و بالجمله فالمسئله غیر خالیه عن شوب الاشکال،و طریق الاحتیاط فیها بالصلح مطلوب علی کل حال،و الله العالم.

## و منها الوصیه بالسهم

،و المشهور أنه الثمن،و تدل علیه جمله من الأخبار منها ما تقدم فی صحیحه البزنطی،و ما رواه

المشایخ الثلاثه(نور الله تعالی مراقدهم) عن السکونی (1)

«عن أبی عبد الله علیه السلام أنه سئل عن رجل یوصی بسهم من ماله فقال:السهم واحد من ثمانیه،یقول الله تبارک و تعالی «إِنَّمَا الصَّدَقَاتُ لِلْفُقَرَاءِ وَ الْمَسَاکِینِ وَ الْعَامِلِینَ عَلَیْهَا وَ الْمُؤَلَّفَهِ قُلُوبُهُمْ وَ فِی الرِّقَابِ وَ الْغَارِمِینَ وَ فِی سَبِیلِ اللّهِ وَ ابْنِ السَّبِیلِ» .

و ما رواه فی الکافی (2)فی الصحیح أو الحسن عن صفوان و البزنطی

و رواه فی التهذیب (3)أیضا عنهما

«قالا:سألنا الرضا علیه السلام عن رجل أوصی«لک»بسهم من ماله لا یدری السهم أی شیء هو؟فقال:أ لیس عندکم فیما بلغکم عن جعفر و لا عن أبی جعفر علیهما السلام فیها شیء،قلنا له:جعلنا فداک ما سمعنا أصحابنا یذکرون شیئا من هذا عن آبائک،فقال:السهم واحد من ثمانیه،فقلنا له:جعلنا الله فداک کیف صار واحدا من ثمانیه؟فقال:أما تقرأ کتاب الله عز و جل؟قلت:



---

۱- ۱) الکافی ج ۷ ص ۴۱ ح ۱،التهذیب ج ۹ ص ۲۱۰ ح ۸۳۲،الفقیه ج ۴ ص ۱۵۲ ح ۵۲۶.
۲- ۲) الکافی ج ۷ ص ۴۱ ح ۲،الوسائل ج ۱۳ ص ۴۴۹ ح ۳.
۳- ۳) التهذیب ج ۹ ص ۲۱۰ ح ۸۳۳،الوسائل ج ۱۳ ص ۴۴۸ ح ۲.

جعلت فداك أنی لأقرؤه،و لكن لا أدری أی موضع هو؟فقال:قول الله تعالی (۱)«إِنَّمَا الصَّدَقَاتُ لِلْفُقَرَاءِ وَ الْمَسَاكِينِ وَ الْعَامِلِينَ عَلَيْهَا وَ الْمُؤَلَّفَهِ قُلُوبُهُمْ وَ فِی الرِّقَابِ وَ الْغَارِمِينَ وَ فِی سَبِيلِ اللّهِ وَ ابْنِ السَّبِيلِ» ثم عقد بيده ثمانيه قال:و كذلك قسمها رسول الله(صلی الله عليه و آله و سلم)ثمانيه أسهم،فالسهم واحد من ثمانيه»،. و رواه الصدوق فی معانی الأخبار فی الصحيح عن صفوان (۲).

و روی الشيخ المفيد فی الإرشاد (۳)قال:

«قضی أمير المؤمنين عليه السلام فی رجل أوصی بسهم من ماله،و لم يبينه فاختلف الورثه فی معناه،فقضی بينهم بإخراج الثمن من ماله،و تلا عليهم «إِنَّمَا الصَّدَقَاتُ لِلْفُقَرَاءِ وَ الْمَسَاكِينِ» الآيه،و هم ثمانيه أصناف،لكل صنف منهم سهم من الصدقات».

و القول بالثمن مذهب الشيخ فی النهايه،قال:و قد روی أنه سهم من عشره، و الأول أكثر فی الروايه،و هذا القول أيضا قول الشيخ المفيد،و ابن الجنيد، و الصدوق،و ابن البراج،و سلار،و ابن إدريس،و هو المشهور بين المتأخرين.

و قال الشيخ فی الخلاف و المبسوط:أنه السدس،و به قال الشيخ علی بن بابويه (رحمه الله عليه).

أقول:و الروايه التی أشار إليها الشيخ فی النهايه بأن السهم من عشره هی ما رواه

فی التهذيب عن طلحه بن زيد (۴)

«عن أبی عبد الله عليه السلام عن أبيه عليه السلام قال:

من أوصی بسهم من ماله،فهو سهم من عشره». و الشيخ حملها فی التهذيب علی و هم الراوی بالاشتباه عليه بين الجزء و السهم.

قال الصدوق فی الفقيه (۵)و قد روی

أن السهم واحد من سته،. ثم جمع

ص: ۴۶۲

---

۱- ۱) سوره التوبه-الايه ۶۰.

۲- ۲) معانی الأخبار ص ۲۱۶ ح ۲ ط إيران سنه ۱۳۷۹.

۳- ۳) الإرشاد ص ۱۰۶.

۴- ۴) التهذيب ج ۹ ص ۲۱۱ ح ۷۳۴.

۵- ۵) الفقيه ج ۴ ص ۱۵۲ ح ۵۲۷. و هذه الروايات فی الوسائل ج ۱۳ ص ۴۴۸ ح ۲ و ص ۴۵۰ ح ۷ و ص ۴۴۹ ح ۴ و ۵.

بینها و بین الروایه الثانیه بحمل السته علی ما إذا اوصی بسهم من سهام المواریث، و الثمانیه علی ما إذا أوصی بسهم من سهام الزکاه قال:فتمضی الوصیه علی ما یظهر من مراد الموصی.

أقول:و الروایه بأن السهم واحد من سته لم ینقلها أحد منهم بغیر هذا العنوان المحمل،و الظاهر أن المراد بها ما ذکره

الرضا علیه السلام فی کتاب الفقه الرضوی (۱)حیث قال:

«فإن أوصی بسهم من ماله فهو سهم من سته أسهم، و کذلک إذا أوصی بشیء من ماله غیر معلوم فهو واحد من سته»». و منه یعلم أن قول الشیخ علی بن بابویه بما نقل عنه من أنه السدس انما أستند فیه الی الکتاب المذکور،و الأصحاب هنا مع نقلهم هذا القول عنه لم یستدلوا له بشیء لعدم وجود ذلک فی کتب الأخبار المتداوله بینهم،و منه یعلم کما قدمنا ذکره أن اعتماده علی هذا الکتاب،و فتواه بما فیه مع کونه علی خلاف الروایات المتکاثره، کما سمعت،و خلاف قول غیره من الأصحاب(رحمهم الله)أدل دلیل علی ثبوت کون الکتاب له علیه السلام و أن ذلک مقطوع به عنده،و فی الوسائل احتمل حمل هذه الروایه علی التقیه،و هو غیر بعید.

و قال فی المسالک:و ذهب الشیخ فی أحد قولیه إلی أنه السدس،لما روی

عن ابن مسعود (۲)

أن رجلا أوصی لرجل بسهم من المال فأعطاه النبی(صلی الله علیه و آله و سلم)السدس و قیل:أن السهم فی کلام العرب السدس». انتهی.

أقول:و الاستدلال بهذه الروایه العامیه یحتمل أن یکون من الشیخ کما هو الأقرب،و یحتمل أن یکون من صاحب المسالک،و أیا ما کان ففی ذلک نوع تأیید بحمل کلامه علیه السلام فی کتاب الفقه علی التقیه فی هذا الحکم،و کیف کان فالعمل علی المشهور،لتکاثر الأخبار،و الله العالم.

ص:۴۶۳

---

۱- ۱) المستدرک ج ۲ ص ۵۲۷ الباب ۴۸ ح ۱.

۲- ۲) الخلاف ج ۲ ص ۳۱۰ مسئله ۹ من کتاب الوصیه،المغنی لابن قدامه ج ۶ ص ۴۴۶.

### و منها ما لو أوصی بشیء

و ظاهر کلام الأصحاب من غیر خلاف یعرف أنه السدس،و یدل علیه ما تقدم فی عباره کتاب الفقه الرضوی (۱)و ما رواه المشایخ الثلاثه بأسانیدهم عن أبان بن تغلب (۲)

«عن علی بن الحسین علیهما السلام أنه سئل عن رجل أوصی بشیء من ماله؟فقال:الشیء فی کتاب علی علیه السلام واحد من سته».

و رواه الصدوق فی کتاب معانی الأخبار (۳)عن ابان بن تغلب عن

«علی بن الحسین علیه السلام قال:قلت له:رجل أوصی بشیء من ماله؟فقال لی:فی کتاب علی علیه السلام الشیء من ماله واحد من سته».

### و منها ما لو أوصی بکثیر

قال الخلاف:إذا قال أعطوا کثیرا من مالی فإنه یستحق ثمانین،علی ما رواه أصحابنا فی حد الکثیر،و تبعه ابن حمزه و لم یفسر الکثیر،قال فی المختلف:و الظاهر أن مرادهما ثمانون درهما کالنذر.

و قال الصدوق:إذا أوصی رجل بمال کثیر،و نذر أن یتصدق بمال کثیر، فالکثیر ثمانون فما زاد،لقوله تعالی «لَقَدْ نَصَرَکُمُ اللّٰهُ فِی مَوٰاطِنَ کَثِیرَهٍ» ،و کانت ثمانین موطنا.

و قال الشیخ(رحمه الله علیه)فی کتاب الإقرار من الخلاف لو قال له:عندی مال کثیر،فإنه یکون إقرارا بثمانین،علی الروایه التی تضمنت أن الوصیه بالمال الکثیر وصیه بثمانین.

و قال ابن إدریس فی قول الشیخ(رحمه الله علیه)تسامح و تجاوز،إنما الروایه وردت فیمن نذر أن یتصدق بمال کثیر،و ما وردت فی الوصیه،و لا أوردها أحد من أصحابنا فی الوصایا،و الذی یقتضیه أصول المذهب،و تحکم به الأدله



---

۱- ۱) المستدرک ج ۲ ص ۵۲۷ الباب ۴۸ ح ۱.

۲- ۲) الکافی ج ۷ ص ۴۰ ح ۲،التهذیب ج ۹ ص ۲۱۱ ح ۸۳۵،الفقیه ج ۴ ص ۱۵۱ ح ۵۲۵.

۳- ۳) معانی الأخبار ص ۲۱۷ ح ۱،الوسائل ج ۱۳ ص ۴۵۰ الباب ۵۶.

و الاعتبار أن لا يتجاوز بالروايه،و ما وردت فيه فحسب،و لا تعداها الى غير النذر فى تفسير الكثير الى المقر،و كذا فى الوصيه فى تفسير الكثير،انتهى.

أقول:و الى هذا القول مال كثير من المتأخرين،و الروايه المشار إليها بأنها وردت فى النذر هى ما رواه

فى الكافى عن على بن إبراهيم (1)عن بعض أصحابه ذكره قال:

«لما سم المتوكل نذر ان عوفى أن يتصدق بمال كثير،فلما عوفى سأل الفقهاء عن حد المال الكثير،فاختلفوا عليه،فقال:بعضهم مائه ألف، و قال بعضهم:عشره آلاف،و قالوا فيه أقاويل مختلفه،فاشتبه عليه الأمر، فقال رجل من ندمائه يقال صفعان:ألا تبعث الى هذا الأسود فتسأله عنه،فقال له المتوكل:من تعنى ويحك؟فقال له:ابن الرضا،فقال له:و هو يحسن من هذا شيئا؟فقال:يا أمير المؤمنين:ان أخرجك عن هذا فلى عليك كذا و إلا فاضربنى مائه مقرعه،فقال المتوكل:قد رضيت،يا جعفر بن محمود صر اليه و سله عن حد المال الكثير،فصار جعفر بن محمود الى أبى الحسن على بن محمد عليهما السلام فسأله عن حد المال الكثير،فقال له:الكثير ثمانون،فقال له جعفر:يا سيدى إنه يسألنى عن العله فيه،فقال له أبو الحسن عليه السلام:ان الله عز و جل يقول (2)«لَقَدْ نَصَرَكُمُ اللّٰهُ فِي مَوٰاطِنَ كَثِيرَةٍ» فعددنا تلك المواطن فكانت ثمانين موطنا».

و شيخنا الشهيد الثانى فى المسالك ذكر أن الذى سأله المتوكل هو الجواد عليه السلام و هو غفله عن مراجعه الروايه،و الشيخ و الصدوق و جمع ممن تبعهما عدوا الحكم إلى الوصيه،و أضاف الشيخ:الإقرار،كما عرفت نظرا الى ان ذلك حد شرعى للكثير،حيثما أطلق كالجزء و السهم،فلا يقتصر على موضع السؤال إذ لو حمل فى غير النذر على غيره لزم الاشتراك المخالف للأصل،و المتأخرين كشيخنا الشهيد الثانى فى المسالك طعنوا فى الروايه بالضعف و الإرسال،مضافا



---

1- 1) الكافى ج 7 ص 463 ح 21،الوسائل ج 16 ص 223 ح 1.

2- 2) سوره التوبه-الايه 25.

الی مخالفتها للأصل و اللغه و العرف،قال و استشهاده بالمواطن الکثیره المنصور فیها لا یقتضی انحصار الکثیر فیه،فقد و رد فی القرآن فیها،فاکهه کثیره،و ذکرا کثیرا،و لم یحمل علی ذلک،و الحق الرجوع فیه الی الوارث،و بذلک صرح فی المختلف أیضا فقال:و الوجه عندی اختصاص هذا التقدیر بالنذر،و للورثه أن یعطوا مهما شاؤا.

## و منها ما لو أوصی بوجوه من الوصایا فنسی الوصی بعضها

فالمشهور بین الأصحاب أنه یصرف الأبواب المنسیه فی وجوه البر.

و یدل علیه ما رواه

المشایخ الثلاثه(عطر الله مراقدهم)عن محمد بن ریان (۱)قال:

«کتبت الی أبی الحسن علیه السلام و فی الفقیه الی علی بن محمد علیهما السلام أسأله عن إنسان أوصی بوصیه فلم یحفظ الوصی إلا بابا واحدا منها،کیف یصنع فی الباقی؟ فوقع علیه السلام:و الأبواب الباقیه اجعلها فی البر».

و ذهب ابن إدریس و الشیخ فی أجوبه الحائریات إلی بطلان الوصیه،فإنه یرجع الی الورثه.

و نقل عن ابن إدریس الاحتجاج علی ما ذهب إلیه بأنها وصیه بطلت،لامتناع القیام بها،فترجع الی الوارث،و احتج القائلون بالقول المشهور بان المال خرج عن الوارث بالوصیه النافذه أولا-؟لأنه المفروض،فعوده الی ملک الوارث یحتاج الی دلیل،و جهاله مصرفه تصیره بمنزله المال المجهول المستحق،فیصرف فی وجوه البر،و لأنه لو رجع الی الوارث لزم تبدیل الوصیه للنهی عنه،بخلاف البر،لأنه عمل بمقتضاها،غایته جهاله المصرف،فیصرف فیما یصرف فیه المال المجهول، و لأن الموصی ربما أراد بوصیته القربه المخصوصه،فإذا فات الخصوص بالنسیان، بقی العموم،فیکون أقرب إلی مراد الموصی کذا قرره شیخنا فی المسالک،ثم



---

۱- ۱) الکافی ج ۷ ص ۵۸ ح ۷،التهذیب ج ۹ ص ۲۱۴ ح ۸۴۴،الفقیه ج ۴ ص ۱۶۲ ح ۵۶۵،الوسائل ج ۱۳ ص ۴۵۳ الباب ۶۱.

قال:و تشهد له روايه محمد بن ريان،ثم ساق الخبر كما قدمناه،و انما جعله شاهدا دون أن يجعله دليلا لضعف سنده عنده،بهذا الاصطلاح المحدث،فالدليل عنده انما هو ما قرره من هذه الوجوه التى ذكروها،و لا يخفى ما فيه على الفطن النبيه،و الأظهر هو الاعتماد على الخبر.

اما بناء على الاصطلاح القديم أو الجبره بالشهره بين الأصحاب،إذ لا مخالف فى الحقيقه إلا ابن إدريس،و الشيخ و ان قال بذلك فى الحائريات،إلا أنه فى كتبه موافق للأصحاب،و تجعل هذه التعليلات التى ذكروها وجوها للنص، و بيان الحكمه فيه.

و يعضد هذا النص جمله من النصوص أيضا فى جزئيات الوصايا،و يستفاد من ضم بعضها الى بعض قاعده كليه،و هى أنه متى تعذر صرف الوصيه على الوجه الموصى به لأى عذر كان،فإنها تصرف فى وجوه البر،و لا ترجع إلى الورثه، لتعذر المصرف.

فمن ذلك ما ورد فى جمله من الأخبار (۱)«من أن من أوصى للكعبه بمال أو غلام أو جاريه أو أهدى لها نحو ذلك،فإنه يصرف المال،و يباع الغلام و الجاريه، و يصرف ثمنها فى المنقطعين من الحاج،معللا بأن الكعبه لا تأكل،و لا تشرب، و ما أهدى لها فهو لزوارها».

و من ذلك ما رواه

المشايخ الثلاثه(نور الله تعالى ضرائحهم)عن على بن مزيد صاحب السابرى (۲)عن أبى عبد الله عليه السلام فى حديث طويل يتضمن أنه

أوصى رجل بتركته الى على المذكور و أمره أن يحج بها عنه،و كانت التركه لا تبلغ ذلك، فسأل الفقهاء فأفتوه بالصدقه بها،فتصدق بها ثم لقى أبا عبد الله عليه السلام فسأله و أخبره



---

۱- ۱) التهذيب ج ۹ ص ۲۱۳ ح ۸۴۲ و ص ۲۱۴ ح ۸۴۳،الوسائل ج ۱۳ ص ۴۵۳ الباب ۶۰.

۲- ۲) الكافى ج ۷ ص ۲۱ ح ۱،التهذيب ج ۹ ص ۲۲۸ ح ۸۹۶،الفقيه ج ۴ ص ۱۵۴ ح ۵۳۴،الوسائل ج ۱۳ ص ۴۷۳ الباب ۸۷.

بما فعل فقال:ان كان لا يبلغ ان يحج به من مكه فليس عليك ضمان،و إلا فأنت ضامن». و قد قرره عليه السلام على الصدقه مع عدم بلوغ الحج به من مكه،و لم يحكم ببطلان الوصيه،و الرجوع ميراثا،و ربما قيل:بالرجوع هنا ميراثا كما نقله بعض مشايخنا،و النص المذكور يرده.

و من ذلك ما رواه

المشايخ الثلاثه(رضی الله عنهم)عن مثنی (۱)قال:

«سألته عن رجل أوصی له بوصیه فمات قبل أن يقبضها و لم يترك عقبا،قال:اطلب لها وارثا أو مولی فادفعها اليه،قلت:فان لم أعلم له وارثا؟قال:اجهد علی أن تقدر له علی ولی،فان لم تجده و علم الله منك الجهد،فتصدق بها».

و التقريب فيه ما تقدم من أنه مع تعذر التنفيذ فيما أوصی به يرجع الی الصدقه،و الخبر المذكور محمول إما علی موت الموصی بتلك الوصيه،ثم موت الموصی له قبل الدفع له،أو علی بقاء الموصی مع عدم الرجوع فی الوصيه الی أن مات،و قد تقدم الكلام فی هذه المسئله،و مما يلائم ذلك أيضا ما ورد (۲)فيمن أوصی أن يعتق عنه نسمه بخمسمائه درهم،فاشتريت بأقل فإنها تعطی الباقی و تعتق،الی غير ذلك من المواضع التی يقف عليها المتتبع.

#### و منها ما لو أوصی بسيف معين و هو فی جفن

،فإنه يدخل الجفن و الحليه فی الوصيه،و كذا لو أوصی بصندوق فيه ثياب أو سفينه و فيها متاع،أو جراب و فيه متاع،فإن الوصيه تكون شامله للجميع،و هذا هو المشهور بين الأصحاب متقدميهم و متأخريهم،و قال الشيخ فی النهايه بذلك أيضا إلا أنه قيده بكون الموصی عدلا مأمونا،فان لم يكن عدلا و كان متهما لم تنفذ وصيته فی أكثر من ثلثه من الصندوق،و السفينه و الجراب و ما فيها.



---

۱- ۱) الكافی ج ۷ ص ۱۳ ح ۳،التهذيب ج ۹ ص ۲۳۱ ح ۹۰۵،الفقيه ج ۴ ص ۱۵۶ ح ۵۴۲، الوسائل ج ۱۳ ص ۴۰۹ ح ۲ الباب ۷۷،و ليس فی هذه النسخ «عن مثنی».
۲- ۲) الكافی ج ۷ ص ۱۹ ح ۱۳،التهذيب ج ۹ ص ۲۲۱ ح ۱۸،الفقيه ج ۴ ص ۱۵۹ ح ۱۵،الوسائل ج ۱۳ ص ۴۹۵ الباب ۷۷.

و الذی یدل علی المشهور ما رواه

فی الکافی و التهذیب عن أبی جمیله (۱)قال:

« کتبت الی أبی الحسن علیه السلام أسأله عن رجل أوصی لرجل بسیف،فقال الورثه:

إنما لک الحدید و لیس لک الحلیه لیس لک غیر الحدید فکتب الی:السیف له و حلیته».

و ما رواه

المشایخ الثلاثه عن أبی جمیله (۲)عن الرضا علیه السلام قال:

سألته عن رجل أوصی لرجل بسیف و کان فی جفن،و علیه حلیه؟فقال له الورثه إنما لک النصل،و لیس لک المال،قال:فقال:لا بل السیف بما فیه له،قال:فقلت:رجل أوصی لرجل بصندوق و کان فیه مال،فقال الورثه إنما لک الصندوق،و لیس لک المال،قال:فقال أبو الحسن علیه السلام:الصندوق بما فیه له».

و ما رواه

فی التهذیب عن علی بن عقبه (۳)عن أبیه قال:

«سألت أبا عبد الله علیه السلام عن رجل أوصی لرجل بصندوق و کان فی الصندوق مال،فقال الورثه:إنما لک الصندوق و لیس لک ما فیه،فقال:الصندوق بما فیه له».

و عن عقبه بن خالد (۴)عن أبی عبد الله علیه السلام قال:

سألته عن رجل قال:

هذه السفینه لفلان،و لم یسم ما فیها،و فیها طعام أ یعطیها الرجل و ما فیها؟قال:

هی للذی أوصی له بها،إلا أن یکون صاحبها متهما،و لیس للورثه شیء».

و رواه الصدوق إلا أنه قال

«إلا أن یکون صاحبها استثنی مما فیها و لیس للورثه شیء».

قال فی کتاب الفقه الرضوی (۵)

و إذا أوصی رجل لرجل بصندوق أو سفینه

---

۱- ۱) الکافی ج ۷ ص ۴۴ ح ۳،التهذیب ج ۹ ص ۲۱۱ ح ۸۳۹.الوسائل ج ۱۳ ص ۴۵۱ ح ۲.

۲- ۲) الکافی ج ۷ ص ۴۴ ح ۱،التهذیب ج ۹ ص ۲۱۱ ح ۸۳۷،الفقیه ج ۴ ص ۱۶۱ ح ۵۶۱.الوسائل ج ۱۳ ص ۴۵۱ ح ۱.

۳- ۳) التهذیب ج ۹ ص ۲۱۲ ح ۸۴۰.الوسائل ج ۱۳ ص ۴۵۲ ح ۱.

۴- ۴) التهذیب ج ۹ ص ۲۱۲ ح ۸۳۸،الفقیه ج ۴ ص ۱۶۱ ح ۵۶۲.الوسائل ج ۱۳ ص ۴۵۲ ح ۲.

۵- ۵) المستدرک ج ۲ ص ۵۲۷ الباب ۵۰ ح ۱.الوسائل ج ۱۳ ص ۴۵۲ ح ۱ الباب ۵۹.

و كان فی الصندوق أو السفینه متاع أو غیره،فهو مع ما فیه لمن أوصی له،إلا أن یکون قد استثنی ما فیه».

و هذه الروایات کما تری ظاهره الدلاله علی القول المذکور إلا روایه عقبه بن خالد الأخیره بناء علی غیر روایه الصدوق و سیأتی الکلام فیها ان شاء الله تعالی.

و قال فی المسالک-بعد الاستدلال للقول المشهور بروایه أبی جمیله الثانیه و روایه عقبه بن خالد الأخیره-ما صورته:و هذه الروایات ضعیفه السند،إلا أن العرف شاهد لدخول جفن السیف و حلیته فیه،و هو محکم فی أمثال ذلک، فإنه لو قال:خذ سیفک أو سافر فلان بسیفه،لا یفهم منه إلا مجموع هذه الأشیاء حتی لو جرده عن غمده لعده العقلاء سفیها،و العرف کاف فی إثبات ذلک و تبقی الروایه شاهده فالحکم بدخولها فیه قوی،و أما الباقی فلا یدل العرف علی تناول الظرف للمظروف غالبا،و الروایه قاصره عن إثبات المطلوب فالقول بعدم الدخول أجود،نعم لو دل العرف أو القرینه علی شیء فی بعض الأفراد اتبع،کما أنه لو دل علی عدم دخول الجفن أو الحلیه فی بعض الموارد لم یدخل،و جمله الأمر ترجع الی عدم الدخول إلا مع العرف و القرینه،و بنحو ذلک صرح فی المختلف.

أقول:لا یخفی ما فیه،فان رد الأخبار بمجرد الاعتبار،جرأه علی الأئمه الأطهار،و الأحکام الشرعیه مبنیه علی التوقف لا مسرح للقول فیها کما تقدم فی غیر موضع و الأخبار المذکوره و ان ضعف سندها بهذا الاصطلاح الذی هو الی الفساد أقرب من الصلاح،کما أوضحناه فی مقدمات کتاب الطهاره،إلا أنه لا راد لها من الأصحاب،و ضعفه منجبر بالشهره بینهم،و قد جروا علی ذلک فی مواضع لا تحصی من الأحکام کما لا یخفی علی المتتبع.

نعم یمکن التوقف علی نفیه فی مقام التهمه،بناء علی روایه الشیخین فی الکافی و التهذیب،و أما علی روایه الصدوق فلا اشکال،و هکذا هو مختاره فی الدروس.

ص:۴۷۰

و أما ما ذكره الشيخ مما قدمنا نقله فإنه استشكل فيه جمله ممن تأخر عنه، منهم العلامه فى المختلف و شيخنا فى المسالك بأن فيه أولا ان ما شرطه من عداله الموصى غير معتبر فى الوصيه مطلقا،و انما يعتبرها بعض الأصحاب فى الإقرار على بعض الوجوه على ما فيه.

و ثانيا أن نفوذها من الأصل على تقدير العداله،و من الثلث على تقدير عدمها،فإنه أيضا ليس من جمله أحكام الوصيه بل من أحكام إقرار المريض على بعض الوجوه،و سيأتى ان شاء الله تعالى ذكره عند ذكر المسئلتين.

و ثالثا تعميمه الحكم فى هذه الأشياء من الصندوق و السفينه و الجراب مع أن الروايه التى هى منشأ حكمه إنما موردها السفينه،و هى روايه خالد بن عقبه كما عرفت،بروايته فى الكافى،و التعديه إلى غيرها مع المخالفه للأصل بعيد.

و قال المحدث الكاشانى فى الوافى ذيل هذه الروايه،«يعنى بالتهمه»أن يظن به إرادته الإضرار بالورثه،و أن لا يبقى لهم شىء،و قوله و ليس للورثه شىء عطف على«هى للذى»و يحتمل أن يكون معناه و لم يبق لهم شىء من تتمه الاستثناء و فى نسخ الفقيه«إلا أن يكون صاحبها استثنى مما فيها»،و على هذا فلا يحتمل قوله«و ليس للورثه شىء»إلا معناه الظاهر،و على معناه الظاهر تحمل الوصيه على الإقرار،لعدم صحتها مشدودا كان أم لا.

و نقل عن الشيخ المفيد أنه قيد الصندوق بكونه مقفلا،و الجراب بكونه مشدودا،و النصوص كما عرفت مطلقه هذا،و ظاهر الأخبار المتقدمه و به صرح بعض الأصحاب كون ذلك الموصى به معينا،فلو كان مطلقا كما لو قال أعطوه سيفا أو سفينه أو صندوقا،فإنه لا يتناول إلا ما دل عليه اللفظ،و هذا فى السفينه و الصندوق ظاهر حيث ان ما فيها لا يدخل فى مدلول اللفظ،و أما فى السيف فإشكال لما تقدم نقله عن المسالك،من حيث دلاله العرف على تبعيه الجفن و الحليه و دخولهما فى إطلاق السيف،فيدخل حينئذ سواء كان معينا أو مطلقا و لا يخلو من قوه.

و فی المسالک هنا أن دخول الجفن قوی لأنه کالجزء عرفا،أما الحلیه فلا تدخل إلا مع التعیین،و هو خلاف ما صرح به أولا مما قدمنا نقله عنه،بل الظاهر أن العکس أقوی لأن الحلیه أقرب الی الجزئیه من الجنس الذی هو متفرد علی حده،و الله العالم.

## و منها ما لو أوصی فی سبیل الله

و قد اختلف الأصحاب فی ذلک فقال الشیخ فی النهایه و الشیخ المفید فی المقنعه:إذا أوصی بثلث ماله فی سبیل الله و لم یسم أخرج فی معونه المجاهدین لأهل الضلال و الکافرین،و إن لم یحضره مجاهد فی سبیل الله وضع فی أبواب البر من معونه الفقراء و المساکین،و أبناء السبیل،و صله آل الرسول،بل یصرف أکثره فی فقراء آل محمد علیهم السلام و مساکینهم و أبناء سبیلهم،و یصرف ما بقی بعد ذلک فی أبواب البر،و تبعهما فی ذلک ابن البراج فی الکامل،و قال فی المبسوط:إذا أوصی بصرف ثلث ماله فی سبیل الله،فسبیل الله هم الغزاه،و هم علی ضربین أحدهما المرابطون المترصدون للقتال،فهؤلاء لا تدفع إلیهم من الزکاه،لأنه یصرف إلیهم أربعه أخماس الغنیمه،و الضرب الثانی هم أصحاب الصنائع الذین إذا نشطوا غزوا،ثم عادوا الی حرفتهم،فهؤلاء تدفع إلیهم من الزکاه مع الغنی و الفقر،و هکذا الوصیه،و فی أصحابنا من قال:ان سبیل الله یدخل فیه جمیع مصالح المسلمین،من بناء القناطیر و عماره المساجد، و المشاهد،و العمره،و نفقه الحاج،و الزوار،و غیر ذلک.

دلیلنا علی هذا أخبار الطائفه،و أیضا فإن جمیع ذلک طریق الی الله، و سبیل إلیه،فالأولی حمل اللفظ علی عمومه،و کذا الخلاف فی آیه الزکاه.

أقول:و ظاهره اختیار القول الثانی،و قال ابن الجنید إذا قال فی السبیل، أو سبیل الله جاز ذلک لأهل الثغور،و أقربهم إلیه أولی،و جاز أن یجعل فی الحج

لقول رسول الله(صلی الله علیه و آله و سلم) (1)لأم معقل و قد سألته عن ابنها



---

1- 1) سنن البیهقی ج 6 ص 274.

و قد جعل بغيره فی السبيل «اركبی بعيرك،فان الحج من سبيل الله»، و جاز أيضا فيمن كان مرابطا لأعداء الله و حابسا نفسه على جهادهم،و الذب عن دين الله و المسلمين.

و قال على بن بابويه:ان شاء جعله لإمام المسلمين،و ان شاء جعله فی حج أو فرقه على قوم مؤمنين،و بذلك قال ابنه فی المقنع.

و قال ابن إدريس:يصرف ذلك فی جميع مصالح المسلمين،مثل بناء القناطر و المساجد،و تكفين الموتى،و معونه الحاج،و الزوار،و ما أشبه ذلك لإجماع أصحابنا،و لأن ما ذكرناه طريق الى الله تعالى،و إذا كان كذلك فالأولى حمل لفظه«سبيل الله»على عمومها،و الظاهر أنه الى هذا القول مال جمله من تأخر عنه و المستند فيه ما أشار اليه،و توضيحه أن السبيل لغه الطريق،و المراد بسبيل الله الطريق إليه،أی إلى رضوانه و ثوابه،لاستحاله التحيز عليه جل شانه،و هذا المعنى شامل لجميع ما يتقرب به الى الله تعالى،فيجب حمل اللفظ عليه،حيث لا مخصص من شرع أو عرف.

و نقل عن الشيخ و من تبعه من الحمل على الغزاه،انهم احتجوا بأن الشرع يقتضی صرف السبيل إلى الغزاه،و حكم كلام الآدميين مع إطلاقه حكم ما اقتضاه الشرع،قال فی المختلف و مثله المسالك:و المقدمتان ممنوعتان.

أقول:و الذی وقفت عليه من الأخبار فی هذا المقام ما رواه

المشايخ الثلاثه (نور الله مراقدهم)عن الحسن بن راشد (1)قال:

سألت العسكری عليه السلام و فی الفقيه أبا الحسن العسكری عليه السلام بالمدينه عن رجل أوصى بمال فی سبيل الله فقال:

سبيل الله شيعتنا».

و ما رواه

فی الكافی و التهذيب فی الصحيح عن حجاج الخشاب (2)

«عن



---

1- 1) الكافی ج 7 ص 15 ح 2،التهذيب ج 9 ص 204 ح 811،الفقيه ج 4 ص 153 ح 530.الوسائل ج 13 ص 412 ح 1.

2- 2) الكافی ج 7 ص 15 ح 1،التهذيب ج 9 ص 203 ح 810.الوسائل ج 13 ص 413 ح 3.

ابی عبـد الله علیه السـلام قـال:سـألته عن امرأه أوصت الی بمـال أن یجعـل فی سبیل الله فقیل لها تحـج به؟فقالت:اجعله فی سبیل الله،فقالوا لها:فنعطیه آل محمـد (صـلی الله علیه و آله و سـلم)؟فقالت:اجعله فی سبیل الله،فقال أبو عبـد الله علیه السـلام:اجعله فی سبیل الله کما أمرت،قلت:مرنی کیف اجعله؟قال:اجعله کما أمرتک ان الله تبارک و تعالی یقول (۱)«فَمَنْ بَدَّلَهُ بَعْدَ مٰا سَمِعَهُ فَإِنَّمٰا إِثْمُهُ عَلَی الَّذِینَ یُبَدِّلُونَهُ إِنَّ اللّٰهَ سَمِیعٌ عَلِیمٌ» أ رأیتـک لو أمرتـک ان تعطیه یهودیا کنت تعطیه نصـرانیا؟قال:فمکثت بعـد ذلک ثلاث سنین ثم دخلت علیه فقلت له:مثل الذی قلت له أول مره فسکت هنیئه ثم قال:هاتها قلت:من أعطیها؟قال:عیسی شلقان».

و ما رواه

المشایخ الثلاثه عن الحسین بن عمر (۲)قال:

«قلت لأـبی عبـد الله علیه السـلام أن رجلاـ أوصـی الی بشـیء فی السبیـل فقـال لی:اصـرفه فی الحـج،قـال:قلت له أوصـی لی فی السبیل؟فقال:اصرفه فی الحج»،و فی التهذیب دون الآخرین«قلت له:

أوصـی فی السبیل؟فقال:اصـرفه فی الحـج فانی لا أعلم شـیئا من سبیل أفضل من الحـج». و جمع فی الفقیه بین هذا الخبر و الخبر الأول یصرفه إلی الشیعه لتحج به، و استحسنه الشیخ فی التهذیبین.

و أنت خبیر بـأن سبیل الله اما أن یخص بالجهاد کما هو أحـد القولین فی المسـئله،أو یفسـر بما هو أعم فیـدخل جمیع القربات،و المعنی الأول لا مجال لاعتباره هنا،و علی الثانی فلا تنافی بین الحدیثین،لیحتاج الی الجمع بین الخبرین.

و ما رواه

المشایخ الثلاثه فی الصحیح عن محمد بن مسلم (۳)

«قال سألت أبا عبد الله علیه السلام عن رجل أوصی بماله فی سبیل الله فقال:أعطه لمن أوصی به و ان



---

۱- ۱) سوره البقره-الایه ۱۸۱.

۲- ۲) الکافی ج ۷ ص ۱۵ ح ۵،التهذیب ج ۹ ص ۲۰۳ ح ۸۰۹،الفقیه ج ۴ ص ۱۵۳ ح ۵۳۰، الوسائل ج ۱۳ ص ۴۱۲ ح ۲.

۳- ۳) الکافی ج ۷ ص ۱۴ ح ۱،التهذیب ج ۹ ص ۲۰۳ ح ۸۰۸،الفقیه ج ۴ ص ۱۴۸ ح ۵۱۴، الوسائل ج ۱۳ ص ۴۱۱ ح ۱.

كان يهوديا أو نصرانيا،ان الله تبارك و تعالى يقول «فَمَنْ بَدَّلَهُ بَعْدَ مٰا سَمِعَهُ فَإِنَّمٰا إِثْمُهُ عَلَى الَّذِينَ يُبَدِّلُونَهُ» قال فى الفقيه«ماله هو الثلث».

و عن يونس بن يعقوب (۱)

«أن رجلا كان بهمدان ذكر أن أباه مات و كان لا يعرف هذا الأمر أوصى بوصيه عند الموت،و أوصى بان يعطى شيء فى سبيل الله فسئل عنه أبو عبد الله عليه السلام كيف يفعل به،فأخبرناه أنه كان لا يعرف هذا الأمر، فقال:لو أن رجلا أوصى الى أن أضع فى يهودى أو نصرانى لوضعته فيهما،ان الله عز و جل يقول «فَمَنْ بَدَّلَهُ بَعْدَ مٰا سَمِعَهُ فَإِنَّمٰا إِثْمُهُ عَلَى الَّذِينَ يُبَدِّلُونَهُ» فانظروا الى من يخرج الى هذا الوجه،يعنى بعض الثغور فابعثوا به اليه».

و قال الرضا عليه السلام فى كتاب الفقه الرضوى (۲):

و ان أوصى بماله فى سبيل الله و لم يسم السبيل فان شاء جعله لإمام المسلمين،و ان شاء جعله فى حج أو فرقه على قوم مؤمنين». و هذه العباره عين عباره الشيخ على بن بابويه فى المقنع كما تقدم،و منه يعلم أن مستنده فى ذلك انما هو الكتاب المذكور كما تلوناه عليك فى غير موضع،و لا سيما فى كتب العبادات.

أقول:مرجع الخلاف المذكور فى هذه المسئله الى أن سبيل الله متى أطلق هل هو الجهاد أو جميع أبواب البر؟فالشيخ و من تبعه على الأول،و ان جوز مع تعذر الصرف فى أنواع البر،و المشهور بين المتأخرين الثانى،و لا يخفى أن الأول مذهب أكثر العامه.

قال فى المنتهى فى كتاب الزكاه.و انما الخلاف فى تفسيره،و الشيخ فى النهايه و الجمل أنه الجهاد،و به قال الشافعى و أبو حنيفه و مالك و أبو يوسف، و قال أحمد و محمد بن الحسن:يجوز أن يصرف فى معونه الحاج.

و من ذلك يظهر أن ما دلت عليه روايه يونس بن يعقوب من أمره عليه السلام



---

۱- ۱) الكافى ج ۷ ص ۱۴ ح ۴،الوسائل ج ۱۳ ص ۴۱۴ ح ۴.
۲- ۲) المستدرك ج ۲ ص ۵۲۴ الباب ۳۰ ح ۳.

بدفع ذلک الی من یخرج الی بعض الثغور انما هو من حیث ان الموصی کان من العامه،القائلین باختصاص هذا اللفظ بالمجاهدین،فلا منافاه فیها لما تقدم.

و أما صحیحه محمد بن مسلم فظاهرها أن المراد بسبیل الله الذی أمر علیه السلام بالإعطاء له هو الجهاد،و هو إما محمول علی کون الموصی مخالفا،أو أن الحکم خرج مخرج التقیه،و الاستدلال بالآیه مضافا الی قوله«أعطه لمن أوصی» یؤید الأول.

و أما روایه حجاج الخشاب فظاهرها أیضا أن المرأه الموصیه کانت مخالفه و أنها أرادت بسبیل الله الجهاد،و لهذا کلما کرر علیها بعض وجوه القربات،یأمر بالجعل فی سبیل الله،و قد أمر علیه السلام بصرفه فی ذلک محتجا بالآیه،و فیه إشاره إلی أنها انما قصدت الجهاد،فالمخالفه له تبدیل منهی عنه،ثم قال له«أ رأیتک لو أمرتک أن تعطیه یهودیا کنت تعطیه نصرانیا»،و فیه أیضا إشاره إلی معلومیه الموصی إلیه من هذا اللفظ،و لیس إلا الجهاد.

بقی الکلام فی عدوله علیه السلام بعد هذه المده الی ما ذکره فی آخر الخبر من الدفع الی ذلک الرجل،و یحتمل أن یکون من حیث عدم وجود المصرف فی ذلک الوقت أو إراده أن جهادهم لم یکن مشروعا،عدل عنه الی صرفه فی الشیعه،کما هو مذهبهم علیهم السلام فی المسئله.

و أما باقی الأخبار فهی متلائمه متقاربه للدلاله علی القول المشهور، و یؤیدها ما رواه

الثقه الجلیل علی بن إبراهیم القمی فی تفسیره،فی تفسیر قوله سبحانه فی آیه الزکاه «فِی سَبِیلِ اللّهِ» (۱)

«عن العالم علیه السلام قال وَ«فِی سَبِیلِ اللّهِ» قوم یخرجون الی الجهاد و لیس عندهم ما یتقوون به،أو قوم من المؤمنین لیس عندهم ما یحجون به،أو فی جمیع سبیل الخیر»الحدیث،. و بذلک یظهر أن الأقوی هو القول المشهور،و الله العالم.



---

۱- ۱) الوسائل ج ۶ ص ۱۴۵ ح ۷،تفسیر القمی ج ۱ ص ۲۹۹.

## و منها ما لو أوصى بإخراج بعض ولده من ميراثه

،فان المشهور أنه لا تنفذ وصيته،و قيل،انها تصح،لكن فى الثلث خاصه،و هو ظاهر اختيار العلامه فى المختلف،قال فى الكفايه:و لعله أقرب.

و قيل:بالصحه من الأصل فيمن أوصى أبوه بإخراجه لوقوعه على أم ولد له،فإنه يحرم من جميع التركه،و هو ظاهر الصدوق،و الشيخ فى كتابى الأخبار.

قال المحقق فى الشرائع:و لو أوصى بإخراج بعض ولده من تركته لم يصح،و هل يلغو اللفظ فيه؟تردد،بين البطلان و إجرائه مجرى من أوصى بجميع ماله لمن عدا الولد،فتمضى من الثلث،و يكون للمخرج نصيبه من الباقى بموجب الفريضه،و الوجه الأول،و فيه روايه بوجه آخر مهجوره،انتهى.

و علل وجه الصحه و اعتبار الثلث-كما ذهب إليه فى المختلف-بأن إخراجه من التركه يستلزم تخصيص باقى الورثه بها،فكان كما لو أوصى بها، لمن عداهم فتمضى من الثلث بمعنى حرمان ذلك بإخراجه من الثلث،و مشاركته فى الثلثين ان كان معه مساو،و الاختصاص ان لم يكن.

و لشيخنا الشهيد الثانى فى المسالك هنا مؤاخذه على هذا القول،الظاهر أنها لا تخلو من تكلف،و هذا يدل على القول المشهور،و ظاهر الكتاب و السنه كقوله عز و جل (1)« يُوصِيكُمُ اللّهُ فِي أَوْلاٰدِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنْثَيَيْنِ ، و أُولُوا الْأَرْحٰامِ بَعْضُهُمْ أَوْلىٰ بِبَعْضٍ ».

و ما رواه

فى الكافى و التهذيب عن سعد بن سعد (2)قال:

«سألته يعنى أبا الحسن الرضا عليه السلام عن رجل كان له ابن يدعيه فنفاه و أخرجه من الميراث و أنا وصيه،فكيف أصنع؟فقال عليه السلام:لزمه الولد بإقراره بالمشهد لا يدفعه الوصى عن شيء قد علمه»،. و المسئله بمحل من الاشكال لعدم النص المفصح عن تحقيق الحال.



---

۱- ۱) سوره النساء-الایه ۱۱.

۲- ۲) الکافی ج ۷ ص ۶۴ ح ۲۶،التهذیب ج ۹ ص ۲۳۵ ح ۹۱۷،الوسائل ج ۱۳ ص ۴۷۶ ح ۱.

بقی الکلام فیما ذهب الیه الصدوق و الشیخ(طیب الله تعالی مرقدیهما) من القول المتقدم نقله عنهما،فإنه یدل علیه ما رواه

فی الکافی و الفقیه عن وصی علی بن السری (۱)قال:

«قلت لأبی الحسن علیه السلام:ان علی بن السری توفی فأوصی الی قال:(رحمه الله)قلت:و ان ابن جعفر أوقع علی أم ولد له فأمرنی أن أخرجه من المیراث،قال:فقال لی أخرجه من المیراث و ان کنت صادقا فیصیبه خبل، قال:فرجعت فقدمنی الی أبی یوسف القاضی،فقال له،أصلحک الله أنا جعفر بن علی بن السری و هذا وصی أبی فمره،فلیدفع إلی میراثی من أبی،فقال أبو یوسف القاضی لی:فما تقول؟فقلت له:نعم هذا جعفر بن علی بن السری و أنا وصی علی بن السری،قال:فادفع الیه ماله،فقلت:أرید أن أکلمک، قال فادن الی،فدنوت حیث لا یسمع أحد کلامی فقلت له:هذا وقع علی أم ولد لأبیه فأمرنی أبوه،و أوصی الی أن أخرجه من المیراث،و لا أورثه شیئا،فأتیت موسی بن جعفر علیهما السلام بالمدینه،فأخبرته و سألته فأمرنی أن أخرجه من المیراث و لا أورثه شیئا،فقال:الله ان أبا الحسن علیه السلام أمرک؟قال:قلت:نعم، فاستحلفنی ثلاثا ثم قال لی:أنفذ ما أمرک أبو الحسن علیه السلام فالقول قوله،قال الوصی:فأصابه الخبل بعد ذلک،قال أبو محمد الحسن بن علی الوشاء:فرأیته بعد ذلک،و قد أصابه الخبل»، و هذه الروایه التی أشار إلیها المحقق بأنها مهجوره.

قال الصدوق فی الفقیه:و متی أوصی الرجل بإخراج ابنه من المیراث، و لم یحدث هذا الحدیث لم یجز للوصی إنفاذ وصیته فی ذلک،و تصدیق ذلک ما رواه ابن عیسی عن عبد العزیز المهتدی عن سعد بن سعد ثم ساق الروایه المتقدمه.

و ظاهره تقیید إطلاق خبر سعد بخبر وصی علی بن السری و یأتی علی هذا تقیید الآیات المتقدمه بالخبر المذکور أیضا.



---

۱- ۱) الکافی ج ۷ ص ۶۱ ح ۱۵،التهذیب ج ۹ ص ۲۳۵ ح ۹۱۷،الفقیه ج ۴ ص ۱۶۲ ح ۵۶۷،الوسائل ج ۱۳ ص ۴۷۶ ح ۲.

و قال الشیخ فی کتابی الأخبار بعد نقل خبر وصی علی بن السری:هذا الحکم مقصور علی هذه القضیه،لا یتعدی به الی غیرها،و ظاهرهما أنهما عاملان بالخبر فی کل من فعل ذلک.

قال الشیخ:فهو ظاهر عبارته المذکوره،و أما ابن بابویه فلما صرح به فی أول کتابه من أنه لا یذکر فیه إلا ما یفتی به،و یعتمد علیه.

و أما الوجه فی اطراح المتأخرین هذا الخبر و هجره،فمن حیث جهل الراوی و هو وصی علی بن السری فإنه مجهول الاسم و العداله،و فی طریقه أیضا المعلی،و هو مشترک بین الثقه و الضعیف،و المتقدمون کالشیخ و الصدوق و أمثالهما لما لم یکن لهذا الاصطلاح عندهم أثر عملوا بالروایه،لصحتها بوجودها فی الأصول المعتمده،و هو الحق الحقیق بالاتباع.

قال فی المسالک:و اعلم أنه لا فرق فی الحکم بین الولد و غیره من الوارثان حکمنا بالبطلان أو بنفوذها من الثلث،و ان علمنا بالروایه،وجب قصرها علی موردها،و هو الولد المحدث للحدیث المذکور،وقوفا فیما خالف الأصل علی مورده،انتهی.

**تنبیهات:**

### الأول [فی الرجوع فی تفسیر الوصیه بلفظ مجمل إلی الوارث] :

قالوا:إذا أوصی بلفظ مجمل لم یرد تفسیره فی الشرع رجع فی تفسیره الی الوارث،کقوله أعطوه حظا من مالی أو قسطا أو نصیبا أو قلیلا أو یسیرا أو جلیلا أو جزیلا و مرجعه الی أن کلما یتمول صالح لأن یکون متعلق الوصیه،و هو فی نحو القسط و النصیب و الحظ و القلیل و الیسیر واضح.

قال فی کتاب المصباح المنیر:القسط:النصیب،و قال:النصیب:الحصه، و قال:الحصه:القسم،و هو ظاهر فی أن مرجع هذه الألفاظ إلی معنی واحد، و هو جزء معین من المال،قل أو أکثر،و أما فی الجزیل و الجلیل و ما فی معناهما کالعظیم و النفیس،فهو و ان کان یقتضی عرفا زیاده علی التمول،إلا أنه مع

ذلک یحتمل إراده الأقل،نظرا الی أن الجمیع متصف بذلک فی نظر الشارع، و لا ینافیه مع ذلک وصفه بالقله و نحوها،لاختلاف الحیثیه بقلته من حیث المقدار و جلالته من حیث الاعتبار.

و بالجمله فإن ظاهره الرجوع فی ذلک الی الوارث علی التفصیل المذکور، قالوا:و لو تعذر الرجوع الیه لسفه أو صغر أو امتناع،أعطی أقل ما یصدق علیه الاسم،لأنه متیقن.

**الثانی [ادعاء الموصی له أن الموصی أراد قدرا مخصوصا] :**

إذا ادعی الموصی له أن الموصی أراد من بعض هذه الألفاظ المجمله قدرا مخصوصا کأن ادعی أنه أراد بقوله أعطوه مالا جلیلا یعنی ألف درهم، فأنکر الوارث،فالقول قوله،إلا أن یدعی الموصی له علیه العلم بذلک،فعلی الوارث الیمین علی نفی العلم،لا نفی اراده الموصی،ذلک لأن إرادته لا تلزم الوارث،إلا إذا علم بها،و ان کانت واقعه فی نفس الأمر،فإذا ادعاها الموصی له لا تلتفت الی دعواه،إلا أن یدعی علم الوارث بها،فیحلف له علی نفی العلم، لا علی البت،لأنه حلف علی نفی فعل الغیر،و هذه قاعده مستمره.

**الثالث [فی ثبوت الرخصه فی الوصیه بالثلث من دون کراهه] :**

المشهور بین الأصحاب أن الوصیه،بالخمس أفضل من الوصیه بالربع،و بالربع أفضل منها بالثلث،و قال ابن حمزه ان کانت الورثه أغنیاء کانت الوصیه بالثلث أولی،و ان کانوا فقراء فبالخمس،و ان کانوا متوسطین فبالربع، قال العلامه فی المختلف بعد نقله عنه:و لا بأس بهذا القول.

أقول:و الذی وقفت علیه من الأخبار المتعلقه بهذا المقام ما رواه

فی الکافی عن شعیب العقرقوفی فی الصحیح (۱)

«قال سألت أبا عبد الله علیه السلام عن الرجل یموت،ماله من ماله؟فقال:له ثلث ماله و للمرأه أیضا». و رواه

الصدوق عن حماد بن عیسی عن شعیب عن أبی بصیر (۲)قال:

«سألت أبا عبد الله علیه السلام عن الرجل یموت»الحدیث.



---

۱- ۱) الکافی ج ۷ ص ۱۱ ح ۳،التهذیب ج ۹ ص ۱۹۱ ح ۷۷۰.

۲- ۲) الفقیه ج ۴ ص ۱۳۶ ح ۴۷۳. الوسائل ج ۱۳ ص ۳۶۲ ح ۲.

و ما رواه

فی التهذیب عن ابن سنان (۱)و الظاهر أنه عبد الله فی الصحیح قال:

« للرجل عند موته ثلث ماله،و ان لم یوص فلیس علی الورثه إمضاؤه».

و عن علی بن یقطین فی الصحیح (۲)

«قال سألت أبا الحسن علیه السلام ما للرجل من ماله عند موته؟قال:الثلث،و الثلث کثیر».

و ما رواه

الصدوق عن محمد بن عمیر عن معاویه بن عمار (۳)فی الصحیح

«عن أبی عبد الله علیه السلام قال:کان البراء بن معرور الأنصاری بالمدینه،و کان رسول الله (صلی الله علیه و آله و سلم)بمکه،و أنه حضره الموت،و کان رسول الله(صلی الله علیه و آله و سلم)و المسلمون یصلون الی بیت المقدس،فأوصی البراء بن معرور إذا دفن أن یجعل وجهه تلقاء النبی(صلی الله علیه و آله و سلم)إلی القبله، و أوصی بثلث ماله،فجرت به السنه».

و ما رواه

فی الکافی عن أبی بصیر (۴)

«عن أبی عبد الله علیه السلام فی الرجل له الولد یسعه أن یجعل ماله لقرابته؟فقال:هو ماله یصنع به ما شاء الی أن یأتیه الموت،الی أن قال:فإن أوصی به لیس له إلا الثلث».

و ما رواه

المشایخ الثلاثه(عطر الله تعالی مراقدهم)فی الصحیح عن محمد بن قیس (۵)

«عن أبی جعفر علیه السلام قال:کان أمیر المؤمنین علیه السلام یقول:لئن أوصی بخمس مالی أحب الی من أن أوصی بالربع،و لئن أوصی بالربع أحب الی من أن أوصی بالثلث،و من أوصی بالثلث فلم یترک فقد بالغ».

و زاد فی الکافی و التهذیب



---

۱- ۱) التهذیب ج ۹ ص ۲۴۲ ح ۹۳۹.الوسائل ج ۱۳ ص ۳۶۳ ح ۷.

۲- ۲) التهذیب ج ۹ ص ۲۴۲ ح ۹۴۰.الوسائل ج ۱۳ ص ۳۶۳ ح ۸.

۳- ۳) الفقيه ج ۴ ص ۱۳۷ ح ۴۷۹ و ليس فيه«إذا دفن»،التهذيب ج ۹ ص ۱۹۲ ح ۷۷۱،الكافى ج ۷ ص ۱۰ ح ۱.الوسائل ج ۱۳ ص ۳۶۱ ح ۱.

۴- ۴) الكافى ج ۷ ص ۸ ح ۸،التهذيب ج ۹ ص ۱۸۸ ح ۷۵۵.الوسائل ج ۱۳ ص ۳۶۳ ح ۶.

۵- ۵) الكافى ج ۷ ص ۱۱ ح ۴،التهذيب ج ۹ ص ۱۹۲ ح ۷۷۳،الفقيه ج ۴ ص ۱۳۶ ح ۴۷۶ بتفاوت يسير. الوسائل ج ۱۳ ص ۳۶۰ ح ۱ و ص ۳۵۸ ح ۱.

«قضـی أمیر المؤمنین علیه السـلام فی رجل توفی و أوصی بماله کله أو أکثره فقال:ان الوصیه ترد الی المعروف غیر المنکر فمن ظلم نفسه و أتی فی وصیته المنکر و الحیف،فإنها ترد الی المعروف،و یترک لأهل المعروف میراثهم،و قال:من أوصی بثلث ماله فلم یترک و قد بلغ المدی،ثم قال لئن أوصی بخمس مالی أحب الی من أن أوصی بالربع».

و ما رواه

فی الکافی و الفقیه عن حماد بن عثمان (۱)

«عن أبی عبد الله علیه السـلام قال:من أوصـی بالثلث فقد أضـر بالورثه،و الوصـیه بالخمس و الربع أفضل من الوصیه بالثلث،و من أوصی بالثلث فلم یترک».

و عن السکونی (۲)عن جعفر بن محمد عن أبیه عن آبائه علیهم السلام قال:قال أمیر المؤمنین علیه السلام:

الوصیه بالخمس،لأن الله تعالی رضی لنفسه بالخمس،و قال الخمس اقتصاد،و الربع جهد،و الثلث حیف».

و ما رواه

فی التهذیب عن یونس بن یعقوب (۳)قال:

«ان أبا عبـد الله علیه السـلام لما أوصـی قال له بعض أهله:انک قد أوصـیت بأکثر من الثلث،قال:ما فعلت و لکن قد بقی من ثلثی کذا و کذا و هو لمحمد بن إسماعیل».

و ما رواه

فی الکافی و الفقیه فی الصحیح عن عبد الرحمن بن الحجاج (۴)قال:

«سـألت أبـا الحسن علیه السـلام عمـا یقول النـاس فی الوصـیه بـالثلث و الربع عنـد موته أ شـیء صـحیح معروف؟أم کیف صـنع أبوک؟فقال:الثلث ذلک الأمر الذی صنع أبی(رحمه الله).

أقول:لا ریب فی دلاله جمله من هذه الأخبار علی الرخصه فی الثلث من



---

۱- ۱) الکافی ج ۷ ص ۱۱ ح ۵،الفقیه ج ۴ ص ۱۳۶ ح ۴۷۵.الوسائل ج ۱۳ ص ۳۶۰ ح ۲.

۲- ۲) الفقیه ج ۴ ص ۱۳۶ ح ۴۷۲.الوسائل ج ۱۳ ص ۳۶۱ ح ۳.

۳- ۳) التهذیب ج ۹ ص ۱۹۴ ح ۷۷۹.الوسائل ج ۱۳ ص ۳۶۳ ح ۱۰.

۴- ۴) الکافی ج ۷ ص ۵۵ ح ۱۱،الفقیه ج ۴ ص ۱۷۲ ح ۶۰۲.الوسائل ج ۱۳ ص ۳۶۲ ح ۳.

غیر کراهه،و لا سیما أخبار فعل الأئمه علیهم السلام و ذلک لا یبعد حمل ما دل علی الکراهه و أن الأفضل الخمس أو الربع علی مراتب حال الورثه فی الغنی و الفقر، کما تقدم نقله عن أبی حمزه،و لعل فعل الأئمه علیهم السلام ذلک،محمول علی ذلک.

و نقل عن التذکره التفصیل أیضا فی ذلک،فقال:لا یبعد عندی التقدیر بأنه متی کان المتروک لا یفضل عن غنی الورثه لا تستحب الوصیه،لأن النبی(صلی الله علیه و آله و سلم)علل المنع من الوصیه بقوله (۱)«إِنْ تَرَکَ خَیْراً الْوَصِیَّهُ لِلْوٰالِدَیْنِ» لأن ترک ذریتک أغنیاء خیر من أن تدعهم عاله،و لأن إعطاء القریب المحتاج خیر من إعطاء الأجنبی،فمتی لم یبلغ المیراث غناهم،کان ترکه لهم کعطیتهم فیکون ذلک أفضل من الوصیه لغیرهم،و حینئذ یختلف الحال باختلاف الورثه، و کثرتهم و قلتهم و غناهم و حاجتهم و لا یتقدر بقدر من المال،انتهی و هو جید.

## المقصد الرابع فی أحکام الوصیه:

### اشاره

و فیه مسائل

### [المسأله] الاولی [فی عدم اشتراط کون الموصی به موجودا بالفعل حین الوصیه] :

#### اشاره

من المقرر فی کلامهم أنه لا یشترط فی الموصی به کونه موجودا بالفعل وقت الوصیه،بل لو أوصی بما تحمله الدابه أو الشجره فی هذه السنه أو السنه المستقبله،فإنه یصح،إلا أنه لو أشار الی معین و أوصی بجمله الموجود-أو أوصی بالجمل الموجود لأمته أو بحملها مطلقا فی مقام تدل القرینه علی اراده الموجود-و بالجمله فإن الوصیه تعلقت بما هو موجود،فإنه یشترط أن یکون موجودا حال الوصیه،و لو بمقتضی الظاهر شرعا فلو کان الحمل لأمه ولدته لأقل من سته أشهر و هی أقل الحمل من حین الوصیه،علم کونه موجودا البته،و لو ولدته لأکثر من أقصی الحمل من حین الوصیه تبین بطلانها،لتبین عدم کونه موجودا حین الوصیه،لأنه إذا کان المده من حین الوصیه قد انقضت، و مضت من حین الوطی المتولد منه الحمل قبل الوصیه.



---

۱- ۱) سوره البقره-الایه ۱۸۰.

و لو ولـدته فيما بين أقصـى مـده الحمل و أقله،احتمل وجوده حال الوصـيه و عـدمه،قالوا:و ينبغى أن ينظر حينئذ،فإن كانت الأمه فراشـا بحيث يمكن تجـدده بعـد الوصـيه لم يحكم بصـحتها،لأـن الأصل عـدم تقـدم حال الوصـيه،و ان لم يكن فراشا بأن فارقها الواطئ المباح وطؤه لها من حين الوصيه حكم بوجوده، عملا بالظاهر،و أصاله عدم وطئ غيره فيحكم به للموصى له.

هذا مقتضـى كلامهم كما صرح به فى المسالك و غيره،و ربما قيل:بأن الظاهر الغالب انما هو الولاده لتسعه أشهر تقريبا،فما تولد قبلهـا يظهر كـونه موجودا،و ان كـان لهـا فراش،و ان الخليه يمكن وطئهـا محللاـ بالشـبهه،و محرمـا لو كـانت كـافره،إذ ليس فيها محـذور بعـد الصـيانه،بخلاـف المسـلمه،و دفعـه فى المسالـك بـأن الحكـم السـابق مرتب على الأصـل المقـدم على الظـاهر عند التعارض،إلا فيما شذ.

و بـالجمله فالمسـئله حينئـذ من باب تعارض الأصل و الظاهر،فلو رجـح مرجـح الظاهر عليه فى بعض مواردها كما يتفق فى بعض نظائره لم يكن بعيدا، ان لم ينعقد الإجماع على خلافه،و كيف كان فلا خروج عما عليه الجماعه،انتهى.

أقول:أنت خبير بـأن المسـئله خـاليه من النصوص،و الـدليل الشـرعى بـالعموم و الخصوص،فـالحكم فى هـذه الصوره الثالثه محل الاشـكال،ثم انه ينبغى أن يعلم أن فرض المسـئله المـذكوره فى ولـد الأـمه مبنى على كون الحمل مملوكا،و هو إما بكون الزوج مملوكا قد شـرط مولى الجاريه على مولاه رق الولد،أو يكون الزوج مملوكا للموصى،و قد شرط على مولى الجاريه رق الولد،أو كون الزوج حرا على القول بجواز شرط رقيه الولد.

و لو كـان الحمل لغير الأمه من البهائم قال فى المسالك:صـح أيضا و اشترط وجوده حال الوصـيه كحمل الأمه،إلا أن العلم به لا يتقيد بولادته قبل سته أشهر، و لا انتفاء وجوده حالتها يعلم بتجاوز العشره،لاختلاف الحيوان فى ذلك اختلافا

كثيرا،و المرجع فيها إلى العاده الغالبه لعدم ضبط الشارع حملها،كالآدمى و يختلف العاده باختلاف أجناسه،فان للغنم مقدارا معلوما عاده،و للبقر مقدارا زائدا عنه،و كذا الخيل و غيرها من الحيوان،فيرجع فيه الى العاده،لأنها المحكمه عند انتفاء الشرع،و حيث يقع الشك فى الموجود حاله الوصيه لا يحكم بصحتها،و يشكل مع هذا حمل الآدمى على المتيقن،و الحيوان على الغالب، لاشتراكهما فى المقتضى على التقديرين،انتهى.

### تنبيه:

قد عرفت أنه لا يشترط فى الموصى به كونه موجودا حال الوصيه،فتجوز الوصيه بالجدد مما تحمله المملوكه أو الشجره،أعم من أن يكون مضبوطا بمده كالمتجدد فى هذه السنه،أو خمس سنين أو مضبوطا بعدد كأربعه،أو يكون مطلقا، و عاما يتناول لجميع ما يتجدد من الأمه أو الشجره مده وجودهما،كقوله كل حمل متجدد و كل ثمره يتجدد دائما و نحو ذلك،و كذا لا فرق فى المضبوط بين أن يتصل بالموت أو يتأخر عنه،كالسنه الفلانيه مما يتجدد من السنين بعد الموت.

## المسئله الثانيه [فى تقويم المنافع الموصى بها]

### اشاره

إذا أوصى له بالمنافع كخدمه عبده،أو غله بستانه،أو سكنى داره،أو ثمره شجرته،على التأبيد أو مده معينه قيل:قومت المنفعه، فإن خرجت من الثلث،و إلا كان للموصى له ما يحتمله الثلث.

أقول:أما ما يدل على جواز الوصيه بالمنافع مضافا الى الاتفاق على ذلك فمنه

روايه جعفر بن حيان (1)قال:

«سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل أوقف غله له على قرابه من أبيه و قرابه من أمه و أوصى لرجل و لعقبه من تلك الغله ليس بينه و بينه قرابه،بثلاثمائه درهم كل سنه،و يقسم الباقى على قرابته من أبيه و قرابته من أمه،قال:جائز للذى أوصى له بذلك،قلت:أ رأيت ان لم



---

۱- ۱) الكافى ج ۷ ص ۳۵ ح ۲۹،الوسائل ج ۱۳ ص ۳۰۶ ح ۸.

يخرج من غله الأرض التی وقفها إلا خمسمائه درهم،فقال:أ لیس فی وصیته أن یعطی الذی أوصی له من الغله ثلاثمائه درهم و یقسم الباقی علی قرابته من أبیه و قرابته من أمه،قلت:نعم،قال:لیس لقرابته أن یأخذوا من الغله شیئا حتی یوفی الموصی له ثلاثمائه درهم،ثم لهم ما بقی بعد ذلک»الحدیث.

و قال فی کتاب الفقه الرضوی (۱):

«و إذا أوصی لرجل بسکنی دار فلازم للورثه أن تمضی وصیته،و إذا مات الموصی له رجعت الدار میراثا لورثه المیت».

و روی فی الکافی و التهذیب فی الصحیح عن سعد بن الأحوص (۲)

«قال سألت أبا الحسن علیه السلام عن رجل أوصی الی رجل أن یعطی قرابته من ضیعته کذا و کذا جریبا من طعام،فمرت علیه سنون لم یکن فی ضیعته فضل بل احتاج الی السلف و العینه أ یجری علی من أوصی له من السلف و العینه أم لا؟فإن أصابهم بعد ذلک یجری علیهم لما فاتهم من السنین الماضیه أم لا؟فقال:کأنی لا أبالی أن أعطاهم أو أخر،ثم یقضی»الحدیث.

و لفظ«کأنی»لیست فی روایه الکافی،و أما ما ذکره من تقدیم المنفعه إلی آخر ما تقدم ذکره فالغرض منه بیان کیفیه احتساب المنفعه،و إخراجها من الثلث،و هذا فی المنفعه الموصی بها إذا لم تکن مؤبدا ظاهر،لا خلاف فیه،لأن العین تبقی لها قیمه معتبره بعد إخراج تلک المنفعه،فتقوم المنفعه علی الموصی له،و الأصل بما بقی فیه من المنافع علی الورثه،فإذا أوصی بمنفعه العبد مثلا خمس سنین،قوم العبد بجمیع منافعه،و إذا قیل:قیمته مائه دینار،قوم مره أخری مسلوب المنفعه تلک المده،و إذا قیل:قیمته خمسون،فالتفاوت خمسون حینئذ،و هی التی تخرج من الثلث،و تجعل ثلثا بالنسبه الی ما فی یدی الورثه،فلا بد أن یکون بید الورثه حینئذ مائه منها،رقبه العبد التی

ص: ۴۸۶

---

۱- ۱) المستدرک ج ۲ ص ۵۱۵ الباب ۳ من کتاب السکنی.

۲- ۲) الکافی ج ۷ ص ۶۴ ح ۲۴ مع اختلاف یسیر،التهذیب ج ۹ ص ۲۳۷ ح ۹۲۲ الوسائل ج ۱۳ ص ۴۸۱ ح ۱.

قیمتها خمسون فی المثال المذکور،و انما الخلاف فی المنفعه المؤبده،و قد اختلفوا فیها علی أقوال ثلاثه،و السبب فی هذا الاختلاف-مع عدم النص- خلو العین من المنافع عند بعض،فالوصیه بمنافعها فی قوه الوصیه بها،و ثبوتها عند بعض کما سیظهر لک ان شاء الله تعالی بیانه،و قد نقل هذه الأقوال الثلاثه الشیخ فی المبسوط و من تأخر عنه،و الظاهر أنها کلها للعامه.

أحدها-أن تقوم العین بمنافعها و یخرج مجموع القیمه من الثلث،فان خرجت من الثلث لزمت الوصیه فی منفعتها،و ان لم تخرج من الثلث و ضاق الثلث عنها لزمت الوصیه فی القدر الذی یخرج منه،فیکون للموصی له من العبد بقدر ما یخرج من الثلث،و الباقی للورثه.

احتج من قال بهذا القول:بأن استحقاق المنفعه علی التأبید بمنزله إتلاف الرقبه،لأن الغرض من الأعیان انما هو المنافع،فیجب أن تقوم الرقبه،و لأن تقویم المنفعه متعذر لأنها غیر معلومه،و لا محدوده لأن مده العمر غیر معلومه فلا یمکن تقویمها إلا بتقویم العین،و بالجمله فإنها لسلب جمیع منافعها قد خرجت عن التقویم،فقد فات علی الورثه جمیع القیمه،فکانت العین هی الغایه.

و ثانیها-تقویم المنفعه من الثلث علی الموصی له،و الرقبه علی الورثه، و ان کانت مسلوبه المنافع،و مرجعه الی أن المعتبر ما بین قیمتها بمنافعها أو قیمتها مسلوبه المنافع،و علی هذا تحسب قیمه الرقبه عن الترکه.

احتج القائل بهذا القول بأن الرقبه تنتقل إلی الورثه کما تنتقل المنفعه الی الموصی له،فوجب أن یقوم علی من انتقلت الیه،و بأن الوارث یقدر علی الانتفاع بها بالعتق لو کان مملوکا،و بیعها عن الموصی له أو مطلقا،و هبتها، و الوصیه بها،فلا وجه لاحتسابها علی الموصی له کما ادعاه القائل الأول،و یمکن الانتفاع من البستان بما ینکسر من جزوعه و ییبس،و من الدار بآلاتها إذا خربت و خرجت عن صلاحیه السکنی،و لم یعمرها الموصی له بمنفعتها،فحینئذ

تقوم العين بما لها من المنافع مع صلاحيتها لما ذكرناه من المنافع المعدوده فی كل بنسبته،فإذا قيمتها على الأول مائه درهم،و على الثانی عشره دراهم،علم أن قيمه المنفعه الموصی بها تسعون،فيجب أن يكون مع الورثه ضعفها،و من جملته الرقبه بعشره،قال فی المسالک،و هذا هو الأصح.

و ثالثها-تقويم المنفعه على الموصی له فتحتسب من الثلث،و أما الرقبه فلا تقوم على الموصی له،و لا على الورثه،أما الموصی له فظاهر،لأنها ليست له و أما الوارث فللحيلوله بينه و بينها،و سلب قيمتها بسلب منافعها فكأنها تالفه.

و منه يعلم وجه الاحتياج على القول المذكور،و مرجعه الى أن الرقبه لا قيمه لها من حيث سلب منافعها،فتكون من قبيل الحشرات و نحوها مما لا قيمه فيه،و ما لا قيمه له لا معنى لاحتسابه على أحد،و فيه ما عرفت فی توجيه القول الثانی.

**تذنيب:**

**اشاره**

يشتمل على مسئلتين:

**الاولى [فيمن يجب عليه نفقه العبد الموصی بمنافعها مؤبده] :**

قالوا:إذ أوصی بخدمه عبد بعد مده معينه،فنفقته على الورثه،لأنها تابعه للملک.و لا إشكال فی الحكم المذكور لو كانت المنفعه الموصی بها معينه بوقت،و لا ريب و لا خلاف فی بقاء العين على ملک الورثه،و النفقه تابعه للملک.

و انما الكلام فيما إذا كانت المنفعه الموصی بها مؤبده،فمن الذی تلزمه نفقه العبد،قيل:فيه وجوه.

أحدها-و هو اختياره فی المسالک أنه الوارث،لما ذكر من أنها تابعه للملک،و الوارث هو المالک للرقبه،و هذا القول يتفرع على القول الثانی من الأقوال الثلاثه المتقدمه،و لهذا انه فی المسالک اختار هنا كونها على الوارث الذی هو المالک،لاختياره فی ذلک القول بتقويم العين على الورثه،و أنها تكون ملكا لهم.

الثانی-أنه الموصی له،لکونه مالکا للمنفعه مؤبدا،و هذا الوجه مما یتفرع علی القول الأول من الأقوال المتقدمه،فینبغی أن یعلل وجوب النفقه علی الموصی له بما علل به تقویم العین علیه،و علل هنا زیاده علی ذلک بأنه لما کان مالکا للمنفعه مؤبدا کان کالزوج،و لأن نفعه له،فکان ضرره علیه،کالمالک لهما جمیعا،و لأن إثبات المنفعه للموصی له،و النفقه علی الوارث إضرار به منفی،ورد هذا التعلیل المذکور هنا بأن ملک المنفعه لا یستتبع النفقه شرعا کالمستأجر،و القیاس علی الزوج باطل مع وجود الفارق،فإن الزوجه غیر مملوکه،و النفقه فی مقابله التمکین من الاستمتاع،لا فی مقابله المنافع،و ثبوت الضرر بإیجابها علی الوارث ممنوع،لانتفائه مع الیسار،و انتفائها مع عدمه.

الثالث-انه من بیت المال.

أقول:و هذا مما یتفرع علی القول الثالث،حیث انه تضمن أن الرقبه لا تقوم علی الموصی له،و لا علی الورثه بالتقریب المتقدم،و لهذا قالوا هنا ان الوجه فی هذا الاحتمال هو أن الوارث لا نفع له،و الموصی له غیر مالک،و بیت المال معد للمصالح،و هذا منها.

و أورد علیه بأن النفقه من بیت المال مشروطه بعدم المالک المتمکن،و هو هنا موجود،و مجرد کونه لا نفع له لا یدفع الملک،و لا یرفعه و النفقه تابعه للملک کما عرفت.

و منه تظهر قوه الوجه الأول و ان کان أصل المسئله لخلوها من النص لا یخلو من الاشکال.

قال فی المسالک:و اعلم أنه لا فرق بین العبد و غیره من الحیوانات المملوکه.

و أما عماره الدار الموصی بمنافعها و سقی البستان و عمارته من حرث و غیره إذا أوصی بثماره،فان تراضیا علیه أو تطوع أحدهما به فذلک،و لیس للآخر منعه،و ان تنازعا لم یجبر أحد منهما،بخلاف نفقه الحیوان،لحرمه الروح،

و يحتمل طرو الخلاف فى العماره،و سائر المؤن،بناء على وجوب ذلك على المالك حفظا للمال،و الفرق واضح.

نعم لو كانت المنفعه موقته اتجه وجوبها على المالك،و إجباره عليها حفظا لماله عن الضياع،لأن منفعته به مترقبه ان أوجبنا إصلاح المال.

### الثانيه [التصرف فى المنفعه و الرقبه] :

قالوا:و للموصى له التصرف فى المنفعه،و للورثه التصرف فى الرقبه،ببيع و عتق و غيره،و لا يبطل حق الموصى له بذلك.

أقول:فيه إشاره الى ما تقدم فى القول الثانى من أن الوصيه بجميع المنافع لا تستلزم عدم نفع بالكليه،بل هنا منافع تابعه للملك-مثل العتق و الهبه و البيع و نحوها-باقيه،و الوصيه بمنافع العبد من خدمته و غله البستان و سكنى الدار، و نحو ذلك لا ينافى بقاء هذه المنافع للمالك،و أنه يتصرف فى العين بذلك.

و بالجمله فإنه لما كانت الرقبه ملكه،فإنه يجوز له عتقها لو كان عبدا إذ لا مانع منه بوجه،و لا يستلزم بطلان حق الموصى له من تلك المنافع،لأن حق المالك هو الرقبه،و لا يملك إسقاط حق الموصى له من تلك المنافع،و ليس للعتيق الرجوع على الورثه بشىء فى مقابله تفويت منافعه عليه،لأن تفويت المنافع ليس من قبل الورثه،و انما هو من قبل الموصى،و هو متقدم على العتق،و أما بيعه فان كانت المنفعه الموصى بها محدوده بوقت،فجوازه واضح،لعدم المانع كما يجوز بيع العبد الموجر،و ان كان المشترى إنما له التصرف بعد انقضاء مده الإجاره.

و ان كانت الإجاره مؤبده،ففى جوازه عندهم مطلقا أو على الموصى له خاصه أو المنع مطلقا أوجه قال فى المسالك:أجودها الجواز،حيث تبقى له منفعه كالمملوك لا مكان عتقه و تحصيل الثواب به أعظم المنافع،و لأنه يتوقع استحقاق الأرش بالجنايه عليه، أو الحصه منه و قد تقدم فى بيع المعمر ما يحقق موضع النزاع و يرجح الجواز له و لو لم تبق له منفعه كبعض البهائم،فالمنع أجود،لانتفاء الماليه عنه بسلب

المنافع كالحشرات،نعم لو أوصى بنتاج الماشيه مؤيدا صح بيعها،لبقاء بعض المنافع و الفوائد كالصوف و اللبن و الظهر،و انما الكلام فيما استغرقت الوصيه قيمته،انتهى.

أقول:قد قدمنا فى مسئله بيع المعمر عنه(قدس سره)ما يؤذن بالتوقف، حيث ان جمله من الأصحاب صرحوا بالمنع،و منهم من استشكل،و قد أوضحنا قوه القول بالجواز بالنص الصريح فى ذلك،و منه تظهر قوه القول بالجواز هنا أيضا،و الله العالم.

### المسئله الثالثه [فى الوصيه بقوس و له قسى مختلفه] :

#### اشاره

قال الشيخ فى المبسوط:إذا قال أعطوه قوسا من قسى، و له قوس نشاب،و هو قوس العجم،و قوس نبل،و هو قوس العرب،و يكون له قوس حسبان،و هو الذى يدفع النشاب فى مجرى،و هو الوتر مع المجرى،و يكون له قوس جلاهق،و هو قوس البندق،و يكون له قوس الندف،فان هذا الإطلاق يحمل على قوس النشاب و النبل و الحسبان،فان كان له شىء منها،فالورثه بالخيار يعطون أى قوس من هذه الثلاثه شاؤا،و ان لم يكن له إلا الجلاهق و قوس الندف فالورثه بالخيار،يعطون أى القوسين شاؤا،و تبعه ابن حمزه.

و قال ابن إدريس:الذى أرى أن الورثه بالخيار فى إعطائهم أى قوس شاؤا من الخمسه،و تخصيص كلام الموصى العام يحتاج الى دليل.

قال فى المختلف بعد نقل ذلك عن الشيخ و ابن إدريس:أقول:و لعل الشيخ(رحمه الله عليه)نقل عرفا لغويا أو عاميا فى أن القوس انما يطلق حقيقه على الثلاثه السابقه،انتهى.

أقول:ما ذكره الشيخ هو الذى عليه المتأخرون،قال المحقق فى الشرائع:و لو أوصى له بقوس انصرف الى قوس النشاب و النبل و الحسبان إلا مع القرينه تدل على غيرها.

و قال شيخنا فى المسالك بعد نقل قولى الشيخ و ابن إدريس،و نعم ما قال:

و فی کل واحد من القولین نظر،لأن الذاهب الی التخییر بین الثلاثه یعترف بإطلاق اسم القوس علی الخمسه،و لکن یدعی غلبته فی الثلاثه عرفا،و بذلک یقتضی اتباع العرف فی ذلک،و هو یختلف باختلاف الأوقات و الأصقاع،و لا ریب أن المتبادر فی زماننا هو القوس العربیه خاصه،و قوس الحسبان لا یکاد یعرفه أکثر الناس،و لا ینصرف الیه فهم أحد من أهل العرف،فمساواته للأولین بعید،و نظر ابن إدریس إلی الإطلاق اللغوی جید،و لکن العرف مقدم علیه.

و الأقوی أنه ان وجدت قرینه تخصص أحدها حمل علیه،مثل أن یقول:

أعطوه قوسا یندف به،أو یعیش به و شبهه،فینصرف الی قوس الندف،أو قوس یغزا به،فیخرج قوس الندف و البندق ان لم یکن معتادا فی الغزو،و ان انتفت القرائن اتبع عرف بلد الموصی،فإن تعدد تخیر الوارث،و لو قال:أعطوه ما یسمی قوسا ففی تخیره بین الخمسه،أو بقاء الاشکال کالأول وجهان:أجودهما الأول،انتهی.

أقول:و مما یؤید الاشتراک بین المعانی الخمسه لغه ما ذکره فی کتاب المصباح المنیر حیث قال:و تضاف القوس الی ما یخصصها،فیقال:قول ندف، و قوس جلاهق،و قوس نبل و هی العربیه،و قوس النشاب و هی الفارسیه،و قوس الحسبان.

بقی الکلام فی أنه هل یدخل الوتر فی إطلاقه،فلو قال أعطوه قوسا فهل یصدق مع عدم الوتر أم لا؟اشکال،قیل:بالدخول.فإنه لا یصدق إلا به،لأن المقصود منه لا یتم إلا به،فهو کالفص بالنسبه إلی الخاتم،و الغلاف بالنسبه الی السیف،بل أولی،لأنه بدونه بمنزله العصا،و قیل:بالعدم نظرا الی أن الظاهر الصدق بدونه عرفا،و علی هذا فالأجود الرجوع الی العرف أو القرینه،و إلا فلا یدخل.

**تنبيهات:**

**الأول [الخيار للورثه فی تعیین المشترکات أو المتواطئات] :**

کـل لفـظ وقع علی أشـیاء وقوعـا متساویا سواء کان بطریق الاشتراک،أو التواطؤ،فإن للورثه الخیار فی تعیین ما شاؤا من الأفراد،و هی قاعـده کلیه فی هذا المقام و غیره مما تقدم،لان الموصـی به لفظ یقع علی أشـیاء وقوعا متساویا،إما لکونه متواطئا،بأن تکون الوصـیه بلفـظ له معنی،و ذلـک المعنی یقع علی أشـیاء متعـدده کالعبـد مثلاـأو لکون ذلـک اللفـظ مشترکـا بین معـان متعـدده کـالقوس،فـإن للورثه الخیـار فی تعیین مـا شـاؤا،أمـا فی التواطؤ فلأن الوصـیه به وصـیه بالماهیه الکلیه،و خصوصـیات الأفراد غیر مقصوده أولاـبـل تبعـا،فیتخیر الوارث فی تعیین أی فرد شـاء،لوجود متعلق الوصـیه فی جمیع الأـفراد،و أما المشترک فلأن متعلق الوصیه هو الاسم،و هو صادق علی المعانی المتعدده حقیقه، فیتخیر الوارث أیضا،و ربما قیل فی المشترک بالقرعه،و هو بعید.

**الثانی:لو قال:أعطوه قوسی بالإضافه إلی نفسه،و لیس له إلا قوس واحده**

،انصـرفت الوصـیه إلیها،لأن ما تقـدم من التخییر بین الأفراد الثلاثه أو الخمسه انما هو مع إطلاقه إعطاء القوس من غیر أن یضـیفه الی نفسه،فإنه مشترک متعدد،بخلاف ما لو قال:أعطوه قوسـی بالإضافه،و لیس له إلا أحدها،فإنه تنصرف الوصیه إلیه من أی نوع کان لتقییده بالإضافه.

بقی الکلاـم فیمـا لو قـال:أعطوه قوسـی و له قسـی متعـدده،فـإن علم اختصـاصه بواحـد منهـا من أی نوع کـان انصـرفت الوصـیه إله،کالمصحف و الخاتم فی الحبوه، و إلا فإشکال،و یحتمل الرجوع الی ما تقدم من التخییر.

**الثالث:لو أوصی برأس من ممالیکه**

،کـان الخیـار فی التعیین إلی الورثه، بـأن یعطوا صـغیرا أو کبیرا ذکرا أو أنثی صـحیحا أو مریضـا مسـلما أو کـافرا،لأـن اللفظ من الألفاظ المتواطئه بالنظر الی ما تحت معناه من الأفراد المعدوده،فیتخیر

الوارث فی إعطاء أیها شاء،لوقوع الاسم علی کل واحد منها،و انما یتخیر مع وجود المتعدد فی الترکه،و إلا تعین الموجود،و لو لم یوجد له مملوک بطلت الوصیه.

و هل الاعتبار بالوجود عند الوصیه أو الموت؟وجهان:استجود ثانیهما فی المسالک،قال:لأنه وقت الحکم بالانتقال و عدمه،کما اعتبر المال حینئذ، و وجه الأول اضافه الممالیک الیه المقتضیه لوجود المضاف،انتهی.

و لو ماتت ممالیکه بعد وفاته إلا واحدا تعین للدفع فی الوصیه،فإن ماتوا کملا بطلت الوصیه أما لو قتلوا لم تبطل،و کان للورثه أن یعینوا من شاؤا، و وجه البطلان مع موت الجمیع فوات متعلق الوصیه،بخلاف القتل،لبقاء المالیه بثبوت القیمه علی القاتل،و هی بدل عن العین،فیکون للموصی له،فکل فرد عینه الورثه یثبت له قیمته.

## المسئله الرابعه [فی قبول شهاده عدول أهل الذمه فی الوصیه فی السفر إذا لم یوجد مسلم] :

### اشاره

لا خلاف و لا إشکال فی ثبوت الوصیه بشهاده العدلین من المسلمین،لان ذلک مما یثبت به جمیع الحقوق عدا ما استثنی مما یتوقف علی أربعه،بل دائره حکم الوصیه أوسع،و من ثم تثبت بشهاده المرأه الواحده علی بعض الوجوه،و شهاده عدول أهل الذمه کما دلت علیه الآیه،و استفاضت به الروایه،إلا أن ظاهر الآیه اشتراط قبولها بالسفر،و تحلیفها مع الریبه فی شهادتهما بعد الصلاه،قائلین ما دلت علیه الآیه (۱)«لاٰ نَشْتَرِی بِهِ ثَمَناً وَ لَوْ کٰانَ ذٰا قُرْبیٰ وَ لاٰ نَکْتُمُ شَهٰادَهَ اللّٰهِ إِنّٰا إِذاً لَمِنَ الْآثِمِینَ» و أنه متی عثر علی بطلان شهادتهما فلیس له نقضها حتی یأتی بشاهدین یقومان مقام الشاهدین الأولین (۲)«فَیُقْسِمٰانِ بِاللّٰهِ لَشَهٰادَتُنٰا أَحَقُّ مِنْ شَهٰادَتِهِمٰا وَ مَا اعْتَدَیْنٰا إِنّٰا إِذاً لَمِنَ الظّٰالِمِینَ» .

و الأصل فیما ذکرناه من هذه القیود ما رواه

ثقه الإسلام فی الکافی عن علی بن إبراهیم (۳)عن رجاله رفعه قال:

«خرج تمیم الداری و ابن بیدی و ابن



---

۱- ۱) سوره المائده-الایه ۱۰۵.

۲- ۲) سوره المائده-الایه ۱۰۶.

۳- ۳) الکافی ج ۷ ص ۵ ح ۷،الوسائل ج ۱۳ ص ۳۹۴ الباب ۲۱.

أبی ماریه فی سفر و کان تمیم الداری مسلما،و ابن أبی ماریه و ابن بیدی نصرانیین و کان مع تمیم الداری خرج له فیه متاع،و آنیه منقوشه بالذهب،و قلاده أخرجها الی بعض أسواق العرب للبیع،فاعتل تمیم الداری عله شدیده،فلما حضره الموت دفع ما کان معه الی ابن بیدی و ابن أبی ماریه و أمرهما أن یوصلاه الی ورثته،فقدما المدینه و قد أخذا من المتاع الآنیه و القلاده،و أوصلا سائر ذلک الی ورثته،فافتقد القوم الآنیه و القلاده،فقال أهل تمیم لهما:هل مرض صاحبنا مرضا طویلا أنفق فیه نفقه کثیره؟فقالا:لا،ما مرض إلا أیاما قلائل،قالوا:

فهل سرق منه شیء فی سفره هذا؟قالا:لا،قالوا:فهل اتجر تجاره خسر فیها؟ قالا:لا،قالوا:افتقدنا أفضل شیء،کان معه آنیه منقوشه مکلله بالجواهر، و قلاده،فقالا:ما دفع إلینا فقد أدینا إلیکم،فقدموهما الی رسول الله(صلی الله علیه و آله و سلم)فأوجب رسول الله(صلی الله علیه و آله و سلم)علیهما الیمین، فحلفا فخلی عنهما ثم ظهرت تلک الآنیه و القلاده علیهما فجاء أولیاء تمیم الی رسول الله(صلی الله علیه و آله و سلم)فقالوا:یا رسول الله قد ظهر علی ابن بیدی و ابن أبی ماریه ما ادعیناه علیهما،فانتظر رسول الله(صلی الله علیه و آله و سلم) من الله تعالی الحکم فی ذلک.فأنزل الله تبارک و تعالی (۱)«یا أَیُّهَا الَّذِینَ آمَنُوا شَهادَهُ بَیْنِکُمْ إِذا حَضَرَ أَحَدَکُمُ الْمَوْتُ حِینَ الْوَصِیَّهِ اثْنانِ ذَوا عَدْلٍ مِنْکُمْ أَوْ آخَرانِ مِنْ غَیْرِکُمْ إِنْ أَنْتُمْ ضَرَبْتُمْ فِی الْأَرْضِ» -فأطلق الله تعالی شهاده أهل الکتاب علی الوصیه فقط،إذا کان فی سفر،و لم یجد المسلمین- «فَأَصابَتْکُمْ مُصِیبَهُ الْمَوْتِ تَحْبِسُونَهُما مِنْ بَعْدِ الصَّلاهِ فَیُقْسِمانِ بِاللّهِ إِنِ ارْتَبْتُمْ لا نَشْتَرِی بِهِ ثَمَناً وَ لَوْ کانَ ذا قُرْبی،وَ لا نَکْتُمُ شَهادَهَ اللّهِ إِنّا إِذاً لَمِنَ الْآثِمِینَ» فهذه الشهاده الأولی التی جعلها رسول الله(صلی الله علیه و آله و سلم) فَإِنْ عُثِرَ عَلی أَنَّهُمَا اسْتَحَقّا إِثْماً أی أنهما حلفا علی کذب فَآخَرانِ یَقُومانِ مَقامَهُما ،یعنی من أولیاء المدعی



---

۱- ۱) سوره المائده-الایه ۱۰۵.

مِنَ الَّذِينَ اسْتَحَقَّ عَلَيْهِمُ الْأَوْلَيٰانِ،فَيُقْسِمٰانِ بِاللّٰهِ ،يحلفان بالله أنهما أحق بهذه الدعوى منهما، و أنهما قد كذبا فيما حلفا بالله لَشَهٰادَتُنٰا أَحَقُّ مِنْ شَهٰادَتِهِمٰا وَ مَا اعْتَدَيْنٰا إِنّٰا إِذاً لَمِنَ الظّٰالِمِينَ فأمر رسول الله(صلى الله عليه و آله و سلم)أولياء تميم الدارى أن يحلفوا بالله على ما أمرهم به،فحلفوا فأخذ رسول الله(صلى الله عليه و آله و سلم)القلاده و الآنيه من ابن بيدى و ابن أبى ماريه و ردهما إلى أولياء تميم الدارى:

ذٰلِكَ أَدْنىٰ أَنْ يَأْتُوا بِالشَّهٰادَهِ عَلىٰ وَجْهِهٰا أَوْ يَخٰافُوا أَنْ تُرَدَّ أَيْمٰانٌ بَعْدَ أَيْمٰانِهِمْ ».

و رواه

المرتضى(رضى الله عنه)فى رساله المحكم و المتشابه،نقلا من تفسير النعمانى (۱)بإسناده عن على عليه السلام نحوه إلا قال

تَحْبِسُونَهُمٰا مِنْ بَعْدِ الصَّلاٰهِ يعنى صلاه العصر». و رواه على بن إبراهيم (۲)فى كتاب التفسير،و نقل فى المسالك عن أكثر الأصحاب و منهم المصنف أنهم لم يعتبروا فى قبول شهاده الذميين السفر، بل جعلوه فى الآيه و الأخبار انما خرج مخرج الغالب،و كذا لم يعتبروا الحلف، و تقل عن العلامه أنه أوجب الحلف بعد العصر بصوره الآيه،و استحسنه فى المسالك.

أقول:لا يخفى الخبر المذكور على اشتراط السفر

لقوله عليه السلام

«فأطلق الله شهاده أهل الكتاب على الوصيه فقط إذا كان فى سفر،و لم يجد المسلمين». و هو دال بمفهوم الشرط الذى هو حجه شرعيه عندنا بالأخبار،و عند محققى الأصوليين بالاعتبار على أنه لو لم يكن فى سفر أو وجد أحدا من المسلمين لم تقبل شهادتهما.

و من الأخبار الظاهره بل الصريحه فى ذلك

ما رواه فى الكافى و التهذيب عن حمزه بن حمران (۳)عن أبى عبد الله عليه السلام قال:

سألته عن قول الله تعالى (۴)«ذَوٰا عَدْلٍ مِنْكُمْ أَوْ آخَرٰانِ مِنْ غَيْرِكُمْ» ؟قال:فقال:اللذان منكم مسلمان،



---

۱- ۱) الوسائل ج ۱۳ ص ۳۹۴ الباب ۲۱.
۲- ۲) الوسائل ج ۱۳ ص ۳۹۴ الباب ۲۱.
۳- ۳) التهذیب ج ۹ ص ۱۷۹ ح ۷۱۸،الکافی ج ۷ ص ۳۹۹ ح ۸،الوسائل ج ۱۳ ص ۳۹۲ ح ۷.
۴- ۴) سوره المائده-الایه ۱۰۵.

و اللذان من غیرکم من أهل الکتاب،فقال:إذا مات الرجل المسلم بأرض غربه، فطلب رجلین مسلمین لیشهدهما علی وصیته،فلم یجد مسلمین فلیشهد علی وصیته رجلین ذمیین من أهل الکتاب مرضیین عند أصحابهما».

و عن هشام بن الحکم فی الصحیح (۱)و بسند آخر فی الموثق عن أبی عبد الله علیه السلام فی قول الله عز و جل

«أَوْ آخَرٰانِ مِنْ غَیْرِکُمْ» قال:إذا کان الرجل فی أرض غربه لا یوجد فیها مسلم،جازت شهاده من لیس بمسلم علی الوصیه».

و ما رواه

المشایخ الثلاثه(نور الله تعالی مراقدهم)عن یحیی بن محمد (۲)

«قال سألت أبا عبد الله علیه السلام عن قول الله تعالی (۳)«یٰا أَیُّهَا الَّذِینَ آمَنُوا شَهٰادَهُ بَیْنِکُمْ إِذٰا حَضَرَ أَحَدَکُمُ الْمَوْتُ حِینَ الْوَصِیَّهِ اثْنٰانِ ذَوٰا عَدْلٍ مِنْکُمْ أَوْ آخَرٰانِ مِنْ غَیْرِکُمْ» قال:اللذان منکم مسلمان،و اللذان من غیرکم من أهل الکتاب،فان لم تجدوا من أهل الکتاب فمن المجوس،لأن رسول الله(صلی الله علیه و آله و سلم) سن فی المجوس سنه أهل الکتاب فی الجزیه،و ذلک إذا مات الرجل فی أرض غربه فلم یجد مسلمین أشهد رجلین من أهل الکتاب،یجلسان بعد العصر«فیقسمان بالله تعالی لاٰ نَشْتَرِی بِهِ ثَمَناً وَ لَوْ کٰانَ ذٰا قُرْبیٰ،وَ لاٰ نَکْتُمُ شَهٰادَهَ اللّٰهِ إِنّٰا إِذاً لَمِنَ الْآثِمِینَ «قال:و ذلک إذا ارتاب ولی المیت فی شهادتهما،فان عثر علی أنهما شهدا بالباطل فلیس له أن ینقض شهادتهما حتی یجیء بشاهدین فیقومان مقام الشاهدین الأولین، «فَیُقْسِمٰانِ بِاللّٰهِ لَشَهٰادَتُنٰا أَحَقُّ مِنْ شَهٰادَتِهِمٰا وَ مَا اعْتَدَیْنٰا إِنّٰا إِذاً لَمِنَ الظّٰالِمِینَ» فإذا فعل ذلک نقض شهاده الآخرین یقول الله تعالی (۴)ذٰلِکَ أَدْنیٰ أَنْ یَأْتُوا بِالشَّهٰادَهِ عَلیٰ وَجْهِهٰا أَوْ یَخٰافُوا أَنْ تُرَدَّ أَیْمٰانٌ بَعْدَ أَیْمٰانِهِمْ» .



---

۱- ۱) الکافی ج ۷ ص ۳۹۸ ح ۶،التهذیب ج ۹ ص ۱۸۰ ح ۷۲۵.الوسائل ج ۱۳ ص ۳۹۱ ح ۴.

۲- ۲) الکافی ج ۷ ص ۴ ح ۶،التهذیب ج ۹ ص ۱۷۸ ح ۷۱۵،الفقیه ج ۴ ص ۱۴۲ ح ۴۸۷.الوسائل ج ۱۳ ص ۳۹۱ ح ۶.

۳- ۳) سوره المائده-الایه ۱۰۵.

۴- ۴) سوره المائده-الایه ۱۰۸.

و ما رواه

فی کتاب بصائر الدرجات لسعد بن عبد الله بسنده فیه عن المفضل بن عمر (۱)

«عن أبی عبد الله علیه السلام فی کتابه إلیه،قال:و أما ما ذکرت أنهم یستحلون الشهادات بعضهم لبعض علی غیرهم،فان ذلک لا یجوز و لا یحل،و لیس هو علی ما تأولوا إلا لقوله عز و جل «یا أَیُّهَا الَّذِینَ آمَنُوا شَهادَهُ بَیْنِکُمْ إِذا حَضَرَ أَحَدَکُمُ الْمَوْتُ حِینَ الْوَصِیَّهِ اثْنانِ ذَوا عَدْلٍ مِنْکُمْ أَوْ آخَرانِ مِنْ غَیْرِکُمْ إِنْ أَنْتُمْ ضَرَبْتُمْ فِی الْأَرْضِ فَأَصابَتْکُمْ مُصِیبَهُ الْمَوْتِ» و ذلک إذا کان مسافرا فحضره الموت أشهد بالله اثنین ذوی عدل من أهل دینه،فان لم یجد فآخران ممن یقرأ القرآن من غیر أهل ولایته، تَحْبِسُونَهُما مِنْ بَعْدِ الصَّلاهِ،«فَیُقْسِمانِ بِاللّهِ إِنِ ارْتَبْتُمْ لا نَشْتَرِی بِهِ ثَمَناً وَ لَوْ کانَ ذا قُرْبی وَ لا نَکْتُمُ شَهادَهَ اللّهِ إِنّا إِذاً لَمِنَ الْآثِمِینَ» فَإِنْ عُثِرَ عَلی أَنَّهُمَا اسْتَحَقّا إِثْماً فَآخَرانِ یَقُومانِ مَقامَهُما مِنَ الَّذِینَ اسْتَحَقَّ عَلَیْهِمُ الْأَوْلَیانِ من أهل ولایته فَیُقْسِمانِ بِاللّهِ لَشَهادَتُنا أَحَقُّ مِنْ شَهادَتِهِما،وَ مَا اعْتَدَیْنا إِنّا إِذاً لَمِنَ الظّالِمِینَ، ذلِکَ أَدْنی أَنْ یَأْتُوا بِالشَّهادَهِ عَلی وَجْهِها أَوْ یَخافُوا أَنْ تُرَدَّ أَیْمانٌ بَعْدَ أَیْمانِهِمْ،وَ اتَّقُوا اللّهَ وَ اسْمَعُوا ».

و هذه الأخبار کلها کما تری ظاهره بل صریحه فی اعتبار السفر،و أنه لا تقبل فی السفر إلا مع فقد المسلمین،و ما ربما یوجد من الأخبار المطلقه یجب حمله علی هذه الأخبار الصریحه فی الاشتراط.

و قال فی المسالک بعد نقل القول الذی نقله عن الأکثر من عدم اشتراط السفر:و یمکن استنادهم فی عدم اشتراط السفر إلی

موثقه هشام بن الحکم (۲)عن أبی عبد الله علیه السلام فی قوله تعالی

«أَوْ آخَرانِ مِنْ غَیْرِکُمْ» قال:إذا کان الرجل فی بلد لیس فیها مسلم جازت شهاده من لیس بمسلم علی الوصیه». قال:فإنها متناوله بإطلاقها للسفر و الحضر،و أنه حیث قد دلت الأخبار التی ذکرناها علی



---

۱- ۱) الوسائل ج ۱۳ ص ۳۹۳ الباب ۲۰ ح ۸.

۲- ۲) الکافی ج ۷ ص ۳۹۸ ح ۶،الوسائل ج ۱۳ ص ۳۹۱ ح ۴.

الاـشتراط كما عرفت،فوجه الجمع بين هـذه الروايه و بين تلك الأخبار بحمل هـذه الروايه على ما إذا سافر المسـلم إلا بلـد ليس فيها مسلم،لأنه من سكانها و أهلها، و القرينه فيما ذكرناه واضحه،لأن سكنى المسلم وحده فى بلد الكفر اختيارا نادر،بل غير جائز شرعا إلا من ضروره.

## [فوائد]

### اشاره

و تستفاد من هذه الأخبار عده فوائد

### الأولى [اشتراط القبول بالسفر]

–مـا ذكرنـاه و ان كـان خلاف ما صـرح به الأكثرون اشتراط القبول بالسـفر،فلا تقبل فى الحضـر،و الوجه فيه ما عرفت من وجود المسلمين فى الحضر،حيث ان المسلم لا يسكن إلا فى بلاد الإسلام.

### الثانيه–اشتراط الحلف

و أن يكون بـالكيفيه الـتى دلت عليهـا الآـيه،كمـا يـدل عليه خبر يحيى بن محمـد المـذكور،و مثله مرفوع على بن إبراهيم،و خبر المفضـل،و ما تقـدم نقله عن العلامه من أنه يحلف بعـد العصـر،قـد دل عليه مرفوع على بن إبراهيم بروايه النعمانى عن على عليه السـلام كما تقدم،و روايه يحيى بن محمد كما فى بعض نسخ المشايخ المذكورين،و فى بعض آخر بلفظ الصـلاه بقول مطلق، و ينبغى حمل الإطلاق على العصر لما عرفت.

### الثالثه [فى أن قبول شهاده الذمى فى المال خاصه]

–ان ظاهر أكثر الأخبار المذكوره هو قبول الشهاده على الوصيه، أعم من أن يكون بمال أو ولايه،إلا أن مورد الآيه و القضيه التى نزلت فيها كما دل عليه مرفوع على بن إبراهيم،إنما هو المال،و هو الظاهر أيضا من كلامه فى المسالك،حيث قال بعـد أن صـرح بثبوت الوصـيه بشـهاده عـدلين مسـلمين:و لا فرق فى قبولها بها بين كونها بمال أو ولايه،و مع عدم وجود عدول المسـلمين تقبل شهاده عدول أهل الذمه بالمال،للآيه و الروايه،و دعوى نسـخها لم يثبت،و هو ظاهر فى أن الوصـيه تقبل بشهاده عدول المسلمين فى المال و الولايه،و أما عدول أهل الذمه ففى المال خاصه،و على هذا فينبغى حمل إطلاق تلك الأخبار على مورد القصه.

## الرابعه [كيفيه العداله فى الذميين]

-لا خلاف بين الأصحاب(رحمهم الله)فى اشتراط العداله فى الذميين بالمعنى المعروف عندهم،و اليه يشير قوله عليه السلام فى روايه حمزه بن حمران مرضيين عند أصحابهما.

## الخامسه [حكم شهاده المجوس]

-ما دل عليه خبر يحيى بن محمد من أنه مع عدم وجود أهل الكتاب فمن المجوس،لم أقف عليه فى غيره من الأخبار،و لم يصرح به أحد من أصحابنا فيما حضرنى من كلامهم،و الخبر متى دل على حكم و لا معارض له وجب القول به،و ان لم يقل به قائل كما هو مقتضى التحقيق فى المسئله.

## السادسه [تعارض المسلمان الفاسقان و الذميان العدلان]

-قال:فى المسالك و لو وجد مسلمان فاسقان،و الذميان العدلان، فالذميان العدلان أولى للآيه،أما المسلمان المجهولان فيبنى على اعتبار ظهور العداله،كما هو المشهور أو الحكم بها ما لم يظهر خلافها،كما ذهب إليه جماعه من الأصحاب،فعلى الثانى لا ريب فى تقديم المستور من المسلمين لأنه عدل،و على الأول ففى تقديمه على عدل أهل الذمه وجهان:و اختار العلامه تقديم المسلمين بل قدم الفاسقين إذا كان فسقهما بغير الكذب و الخيانه،و فيه نظر،انتهى.

أقول:أما ما ذكره من الفرد الأول فلا إشكال فى أن الحكم فيه كما ذكروا، أما المسلمان المجهولان فالكلام فيهما مبنى على أن العداله هل هى أمر زائد على مجرد الإسلام،كما هو المشهور،و المؤيد المنصور،أو أنها عباره عن مجرد الإسلام كما هو اختياره فى المسئله؟فعلى الثانى لا إشكال أيضا لحصول العداله المشروطه فى الآيه،و على الأول فالأشهر الأظهر عدم الثبوت إلا بعد الفحص و ظهور العداله،و ما نقل عن العلامه ضعيف لا يلتفت إليه،لأن الآيه و الروايه مصرحان باشتراط العداله،و وجود المسلم بدونها فى حكم العدم،و الله العالم.

## [تنبيهات]

## اشاره

و ينبغى التنبيه على أمور:

## الأول [فى ثبوت الوصيه بالمال بشاهد و يمين] :

لا ریب أنه کما تثبت الوصیه بالشاهدین تثبت أیضا فیما إذا کانت مالا بشاهد و یمین،أو شاهد و امرأتین،و هو موضع وفاق فی المال،وصیه کان

ص :۵۰۰

أو غيرها،و قد دل قوله تعالى (۱)«فَرَجُلٌ وَ امْرَأَتٰانِ مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدٰاءِ» على الاكتفاء بالرجل و الامرأتين و الأخبار بذلك مستفيضه،يأتى ان شاء الله تعالى فى موضعها اللائق بها،و كذا تثبت فيما إذا كانت مالا بشهاده الواحده ربع ما شهدت به،و بشهاده اثنتين،النصف،و بثلاث ثلاثه أرباع،و بالأربع الجميع،

روى الشيخ فى التهذيب فى الصحيح عن ربعى (۲)عن أبى عبد الله عليه السلام

فى شهاده امرأه حضرت رجلا يوصى ليس معها رجل؟فقال:يجاز ربع ما أوصى بحساب شهادتها».

و ما رواه فى الفقيه (۳)فى الصحيح عن حماد بن عيسى عن ربعى مثله بأدنى تفاوت.

و عن محمد بن قيس (۴)فى الصحيح عن أبى جعفر عليه السلام:قال:

قضى أمير المؤمنين عليه السلام فى وصيه لم تشهدها إلا امرأه فقضى أن تجاز شهاده المرأه فى ربع الوصيه».

و رواه بسند آخر عن محمد بن قيس (۵)ايضا مثله إلا انه

«زاد إذا كانت مسلمه غير مريبه فى دينها».

و عن أبان (۶)عن أبى عبد الله عليه السلام أنه

«قال فى وصيه لم تشهدها إلا امرأه فأجاز شهاده المرأه فى الربع من الوصيه حساب شهادتها».

و أما ما رواه

الشيخ فى التهذيب عن إبراهيم بن محمد الهمدانى (۷)قال:

« كتب أحمد بن هلال الى أبى الحسن عليه السلام امرأه شهدت على وصيه رجل لم يشهدها غيرها،و و فى الورثه من يصدقها،و فيهم من يتهمها فكتب عليه السلام:لا، إلا أن يكون رجل و امرأتان،و ليس بواجب أن تنفذ شهادتها».

و ما رواه

محمد بن إسماعيل بن بزيع (۸)فى الصحيح قال:

«سألت الرضا عليه السلام



---

۱- ۱) سوره البقره-الايه ۲۸۲.

۲- ۲) الکافی ج ۷ ص ۴ ح ۴.الوسائل ج ۱۳ ص ۳۹۵ ح ۱.

۳- ۳) الکافی ج ۷ ص ۴ ح ۵.الوسائل ج ۱۳ ص ۳۹۶ ح ۴.

۴- ۴) التهذیب ج ۹ ص ۱۸۰ ح ۷۱۹.الوسائل ج ۱۳ ص ۳۹۶ ح ۳.

۵- ۵) التهذیب ج ۹ ص ۱۸۰ ح ۷۲۳.الوسائل ج ۱۳ ص ۳۹۶ ح ۲.

۶- ۶) الفقیه ج ۴ ص ۱۴۲ ح ۴۸۶.الوسائل ج ۱۳ ص ۳۹۷ ح ۸.

۷- ۷) التهذیب ج ۶ ص ۲۶۸ ح ۷۱۹.الوسائل ج ۱۸ ص ۲۶۶ ح ۴۰.

۸- ۸) التهذیب ج ۶ ص ۲۸۰ ح ۷۷۱.الوسائل ج ۱۸ ص ۲۶۶ ح ۴۰.

عن امرأه ادعی بعض أهلها أنها أوصت عند موتها من ثلثها بعتق رقبه لها أ یعتق ذلک و لیس علی ذلک شاهد إلا النساء؟قال:لا تجوز شهاده النساء فی هذا».

فحملهما الشیخ فی التهذیبین علی عدم نفاذها فی الجمیع،و ان نفذت فی الربع، و جوز فی الاستبصار الحمل علی التقیه أیضا.

أقول:و هو الظاهر،فإن الأول بعید عن سیاق لفظ الخبرین المذکورین، و هل یتوقف بثبوت ما ذکر بشهادتهن علی الیمین،المشهور العدم،لإطلاق النصوص المذکور فإنها ظاهره فی ثبوت ذلک بمجرد الشهاده،و لا بعد فیه،و ان کان مخالفا لحکم غیره من الحقوق،فإنها مختلفه بحسب الشهاده اختلافا کثیرا،و نقل عن العلامه فی التذکره توقف الحکم فی جمیع الأقسام علی الیمین،کما فی شهاده الرجل الواحد،ورد بأن الیمین مع شهاده الواحد توجب ثبوت الجمیع،فلا یلزم مثله فی البعض،و لو فرض انضمام الیمین الی الاثنتین و الثلاث ثبت الجمیع،لقیامهما مقام الرجل،أما الواحده فلا یثبت بها سوی الربع مطلقا،انضمت الیمین لها أم لا،علی أن فی ثبوت الجمیع بانضمام الیمین الی الاثنتین أو الثلاث إشکالا أیضا، لأن مقتضی النصوص انما هو النصف فی الأول،و ثلاثه أرباع فی الثانی،بمجرد الشهاده،و وجود الیمین حیث لم یعتبرها الشارع هنا فی حکم العدم،و قیام الاثنتین مقام الرجل فی بعض الموارد لا یستلزم قیاس ما نحن فیه علیه،حتی أنه یخرج عن مقتضی ظواهر النصوص بذلک.

و بالجمله فالظاهر هو الوقوف علی ظاهر النصوص المذکوره و لو شهد رجل واحد ففی ثبوت النصف بشهادته من غیر یمین نظرا الی قیام شهادته مقام اثنتین، أو الربع خاصه،لأنه متیقن،من حیث انه لا یقصر عن المرأه،أو سقوط شهادته أصلا وقوفا فیما خالف الأصل علی مورده أوجه،قال فی المسالک:أوسعها الأوسط.

أقول:بل أظهرها الأخیر لما ذکر،و اختیاره الأوسط باعتبار أنه لا یقصر

عن المرأه لمجرد خيال،و الأحكام الشرعيه لا تبنى على تقريبات العقول،فكم من حكم يقربه العقل تحكم النصوص بخلافه،و كم من حكم يبعده العقل تحكم به النصوص.

و هل يشترط فى قبول شهاده المرأه فى الوصيه تعذر الرجال؟المشهور العدم،عملا بعموم النصوص المتقدمه،و نقل عن إدريس و قبله ابن الجنيد الاشتراط، و هو ضعيف.

### الثانى [فى عدم قبول شهاده النساء منفردات فى الوصيه بالولايه] :

المشهور فى كلام الأصحاب بل الظاهر أنه لا خلاف فيه كما نقله فى المسالك عدم قبول شهاده النساء منفردات فى الولايه،و علل بأنها ليست وصيه بمال،بل هى تسلط على تصرف فيه،و ليست أيضا مما يخفى على الرجال غالبا، و ذلك هو ضابط محل قبول شهادتهن منفردات.

و المشهور أيضا-بل الظاهر أنه لا خلاف فيه إلا ما يظهر من المحقق فى الشرائع حيث تردد فى ذلك-هو أنه لا تثبت الوصيه بالولايه بالشاهد و اليمين، و ذلك لأن ضابط الثبوت بالشاهد و اليمين ما كان من حقوق الآدميين مالا أو المقصود منه المال،و ولايه الوصايه لا تدخل فى ذلك.

و نقل عن الشيخ فى المبسوط أنه قوى قبول الوصيه بالولايه بالمرأتين مع الشاهد،و نقل عن ابن الجنيد أيضا،و أورد عليه أن اللازم من ذلك قبولها بالشاهد و اليمين أيضا،لأن كل ما ثبت بشاهد و امرأتين،ثبت بشاهد و يمين،و قيل-فى وجه تردد المحقق هنا-:أن منشأه مما ذكر،و من أن الوصيه بالولايه قد يتضمن المال،كما إذا أراد أخذ الأجره أو الأكل بالمعروف بشرطه،و لما فيه من الإرفاق،و التيسير،فيكون مرادا للآيه و الروايه.

قال فى المسالك:و لا يخفى ما فيه،و قد قطع الأصحاب بالمنع من غير نقل خلاف فى المسئله و لا تردد،و وافقهم المصنف فى المختصر،على القطع،و أبدل هذا التردد بالتردد فى ثبوت الوصيه بالمال بشاهد و يمين،و كلاهما كالمستغنى

عنه،للاتفاق على الحكم،و القاعده المفيده للحكم فيهما،انتهى و هو جيد.

## الثالث [فی قبول شهاده عبدیه علی حمل أمته منه و کراهه استرقاق الحمل لهما]

قالوا:لو أشهد إنسان عبدين له على حمل أمته و أنه منه،ثم مات و أعتق المملوكان ثم شهدا بذلك،فإنه تقبل شهادتهما،و هل يسترقهما المولود حينئذ؟قيل:بالمنع،و قيل:بالجواز على كراهه.

أقول الأصل فی هذه المسئله ما رواه

الشيخ فی الصحيح عن الحلبی (۱)

«عن أبی عبد الله عليه السلام فی رجل مات و ترک جاريه و مملوکين،فورثه أخ له فأعتق العبدين،و ولدت الجاريه غلاما فشهدا بعد العتق أن مولاهما كان أشهدهما أنه كان يقع على الجاريه و أن الحمل منه،قال:تجوز شهادتهما،و يردان عبدين كما كانا».

و ما رواه

المشايخ الثلاثه عن داود بن فرقد فی الموثق (۲)

«قال سئل أبو عبد الله عليه السلام عن رجل كان فی سفر و معه جاريه له و غلامان مملوکان فقال لهما:أنتما حران لوجه الله،و أشهد أن ما فی بطن جاريتی هذه منی فولدت غلاما،فلما قدموا على الورثه أنكروا ذلك و استرقوهما،ثم ان الغلامين عتقا بعد ذلك،فشهدا بعد ما أعتقا أن مولاهما أشهدهما أن ما فی بطن جاريته منه،قال تجوز شهادتهما للغلام،و لا يسترقهما الغلام الذی شهدا له،لأنهما أثبتا نسبه».

قيل:و الاستدلال بالخبرين مبنی إما على قبول شهاده المملوک مطلقا أو على مولاه،لأنهما بشهادتهما للولد و الحكم بها صارا رقا له،لتبين أن معتقهما لم يكن وارثا،أو على أن المعتبر حريتهما حال الشهاده،و ان ظهر خلافها بعد ذلك،أو على أن الشهاده للمولى لا عليه،فتقبل.

و أورد على الأخير بأن الحكم بكون الولد مولى موقوف على شهادتهما



---

۱- ۱) التهذيب ج ۶ ص ۲۵۰ ح ۶۴۲.الوسائل ج ۱۳ ص ۴۶۰ ح ۱.

۲- ۲) التهذيب ج ۹ ص ۲۲۲ ح ۸۷۰،الكافی ج ۷ ص ۲۰ ح ۱۶،الفقيه ج ۴ ص ۱۵۷ ح ۵۴۴. الوسائل ج ۱۳ ص ۴۶۱ ح ۲.

على كونه مولى،ليكون الشهاده له دارا.

أقول:الوجه عندى هو الأول،فإن الروايات و ان اختلفت فى قبول شهاده المملوك إلا أن ما دل على المنع محمول على التقيه،و الأظهر هو الجواز،فلا ضروره إلا ارتكاب ما ذكر من التعليلات فى الوجوه الباقيه.

و نقل عن الشيخ أنه خص الحكم بالوصيه،فإن أمرها أخف من غيرها من الحقوق،كما قبلت فيها شهاده أهل الكتاب،و فيه أنه لا ضروره إلى التخصيص،فإن إطلاق الخبرين المذكورين مع صحه الأول بالاصطلاح المحدث»و عد الثانى فى الموثق إنما هو بواسطه الحسن بن فضال الذى لا يقصر حديثه عندهم عن الصحيح، مضافا الى اتفاق الأصحاب على الحكم المذكور-مع عدم معارض و لا مخالف- أقوى دليل على العموم.

بقى الكلام فى استرقاقهما للولد الذى شهدا له،و بذلك صرحت صحيحه الحلبى،و بالعدم صرحت موثقه،حيث نهى عن استرقاقهما،و طريق الجمع حمل النهى على الكراهه،كما يؤذن به التعليل المذكور،و ملخصه أنه يكره له استرقاقهما،لأنهما كانا سببا فى حريته بعد الرقيه،فلا يكون سببا فى رقيتهما بعد الحريه.

و المحقق فى الشرائع قد فرض المسئله كما دلت عليه صحيحه الحلبى، و العلامه فى القواعد قد فرضها بما دلت عليه موثقه داود،و كيف كان فشهادتهما بعتق المولى لهما فى روايه داود شهاده لأنفسهما،فلا تسمع كما هو مقتضى القاعده.

و أنت خبير بأن هذه المسئله لا مناسبه لذكرها فى هذا المقام إلا من حيث أن الشيخ قد خصها بالوصيه،كما قدمنا نقله عنه،و الظاهر ان الأصحاب انما ذكروها هنا تبعا له فى ذلك،و ان خالفوه فى العمل بإطلاق الخبر من المذكورين كما ذكرنا،و الله العالم.

### الرابع [فى شهاده الوصى فيما هو وصى فيه] :

قالوا:لا تقبل شهاده الوصى فيما هو وصى فيه،و لا ما يجر فيه

نفعا أو يستفيد به ولايه،قالوا:و الضابط أنه متى كان لنفسه حظ فى الشهاده لم تقبل.

و عدوا من ذلك أمورا:منها-أن يشهد بما هو وصى فيه بأن يجعله الموصى وصيا على مال معين،فينازعه فيه منازع فيشهد به للموصى.

و منها أن يجر به نفعا بأن جعله وصيا فى تفرقه ثلثه،فشهد بمال للمورث، فإنه يجر به نفعا باعتبار زياده الثلث.

و منها أن يجعله وصيا على ولده الصغير،فيشهد للولد بمال،فإنه يستفيد بها ولايه على المال.

و أنت خبير بما فى ذلك من تطرق المناقشه،لعدم ورود نص بشيء مما ذكروه،و الى ما ذكرناه يميل كلام ابن الجنيد حيث نقل عنه أنه قال:«شهاده الوصى جائزه لليتيم فى حجره و ان كان هو المخاصم للطفل،و لم يكن بينه و بين الشهود عليه ما يرد شهادته عليه»و مال اليه المقداد فى شرحه.

قال فى المسالك بعد نقله ذلك:و لا بأس بهذا القول،لبعد هذه التهمه من العدل،حيث انه ليس بمالك،و ربما لم تكن له أجره على عمله فى كثير من الموارد،إلا أن العمل بالمشهور متعين،انتهى.

أقول:ان كان تعين العمل بالمشهور من حيث الشهره فهى ليست بدليل شرعى،بل الإجماع لو ادعى كما اعترف به فى غير موضع من شرحه هذا،و تقدم نقله عنه،و سيأتى ان شاء الله فى بعض مسائل هذا الكتاب،و ان كان لدليل آخر، فليس فى الباب ما يدل على ذلك،و إلا لذكره و استند اليه،هذا مع أن الأحكام منوطه بالنصوص،و مقيده بها على العموم أو الخصوص،و لا نص فى المقام سوى هذه التعليلات العليله،و قد عرفت ما فيها،و بالجمله فكلامه(قدس سره)لا يخلو من المجازفه.

ثم ان مما فرعوا على ذلك أيضا أنه لو كان وصيا فى إخراج مال معين،

فشهد للمیت بما یخرج به ذلک المال من الثلث لم تقبل،کما لو أوصی بإخراج ألف درهم و الترکه ظاهرا ألفان،فشهد الوصی أن للمیت علی أحد ألفا مثلا،فان قبول هذه الشهاده یستلزم إخراج الألف المجعول وصیا فیها من الثلث،و نفوذ الوصیه،فلا تقبل،و أنت خبیر بما فیه بعد الإحاطه بما ذکرناه.

نعم ربما یقال:انه قد وردت هنا أخبار فیمن ترد شهادتهم،و عد منها المتهم،فمن ذلک

روایه عبد الله بن سنان (1)قال:

«قلت لأبی عبد الله علیه السلام ما یرد من الشهود؟قال:فقال:الظنین و المتهم».

و فی روایه أبی بصیر (2)قال:

«سألت أبا عبد الله علیه السلام عن الذی یرد من الشهود؟قال:الظنین و المتهم و الخصم».

و مثلها غیرهما،و الوصی فی هذه الصور المفروضه یدخل فی المتهم بالتقریب الذی ذکروه.

و فیه أنه لا یخفی أن التهمه عرفا إنما تتحقق بما یوجب جر النفع الی نفسه، لا الی غیره،کما هو المفروض فی هذه الفروض،و مجرد صرفه الوصایا عن المیت و القیام بأطفاله و نحو ذلک لا یتحقق له به نفع دنیوی،بل ربما أوجب الضرر الدنیوی له بما یوجبه من اشتغاله بذلک،عن قضاء حوائجه،و السعی فی مطالبه و أموره، و کلما کثرت الوصایا و اتسعت الدائره فیها-و فی أموال الأطفال-کان الضرر أعظم،و المنع له عن السعی فی أموره أتم،و لهذا ان الشارع جوز له الأکل بالمعروف من أموالهم فی مقابله القیام بأحوالهم.

قال فی کتاب المصباح المنیر:و التهمه-بسکون الهاء و فتحها-:الشک و الریبه،و اتهمته:ظننت به سوء،و لا یخفی أن هذا کله انما یترتب علی ما یحصل به جر النفع الی نفسه،و ایثارها،و إلا فأی سوء و أی ریبه فی قیامه بوصایا



---

1- 1) الکافی ج 7 ص 395 ح 1،التهذیب ج 6 ص 242 ح 601،الوسائل ج 18 ص 274 ح 1.

2- 2) الکافی ج 7 ص 395 ح 3،التهذیب ج 6 ص 242 ح 598،الوسائل ج 18 ص 275 ح 3.

الغیر،و صرفه لها فی مصارفها ما لم یتعد فیها الحدود الشرعیه،و هذا بحمد الله سبحانه ظاهر لکل ناظر،و من وراء جمیع ذلک اتصافه بالعداله المانعه من تطرق ما ینافیها.

و بالجمله فإن الأقرب عندی هو ما نقل عن ابن الجنید و من تبعه،و لا اشکال عندهم فی القبول لو کان المشهود علیه خارجا عما هو وصی فیه،کما لو جعله وصیا علی غله أطفاله،فیشهد لهم بدین أو جعله وصیا علی تفریق مال معین، فیشهد للورثه بحق آخر لمورثهم،و نحو ذلک،و الله العالم.

### المسئله الخامسه:فی الوصیه بالعتق

#### اشاره

،و لذلک صور عدیده.

#### منها-من أوصی بعتق عبیده و لیس له سواهم

،فان رتبهم فی الوصیه أعتق الأول فالأول حتی یتم الثلث،و لو بجزء عبد فیعمل فیه ما یأتی ذکره،و تبطل الوصیه فیمن بقی و إلا أعتق ثلثهم بالقرعه،بأن یجعلهم أثلاثا و لو بتعدیلهم بالقیمه،ثم یقرع بین تلک السهام الثلاثه،و یعتق الثلث الذی أخرجته القرعه.

و روی (1)

«أن النبی(صلی الله علیه و آله و سلم)فعل ذلک فی سته عبید أعتقهم مولاهم عند موته،و لم یکن له غیرهم،فجزاهم أثلاثا ثم أقرع بینهم»،.

نقل ذلک الأصحاب فی کتب الفروع،و الظاهر أن الروایه عامیه،فإنها غیر موجوده فی کتب أخبارنا،إلا أن الظاهر أن الحکم لا اشکال فیه،لأن القرعه لکل أمر مشکل،و هذا من جملتها،و لو توقف التعدیل علی إدخال جزء من أحدهم، فإن خرجت القرعه علی الثلث الذی فیه ذلک الجزء أعتق من العبد بحسابه، و سری العتق فی الباقی،و سعی فی باقی قیمته،کما فی کل مبعض.

قالوا:و انما لم یحکم بعتق ثلث کل واحد مع ان کل واحد منهم بمنزله الموصی له،و قد قرروا أن الوصایا إذا وقعت دفعه قسط علیها الثلث بالنسبه للحدیث النبوی المتقدم ذکره،فإنه(صلی الله علیه و آله و سلم)انما جزی العبید أثلاثا،و أعتق



---

1- 1) سنن البیهقی ج 6 ص 272.

الثلث الذی خرجت فیه القرعه،و لم یحکم فی ثلث کل واحد واحد،و أیضا فإن العتق علی هذا الوجه موجب للإضرار بالورثه،لانعتاق الجمیع حینئذ، فإنه متی انعتق ثلث کل واحد و وجب السعی فی قیمته صار حرا فیصیر الجمیع أحرارا.

أقول:و من هنا یعلم أن المسئله غیر خالیه من شوب الإشکال،لأن الخبر غیر ثابت کما عرفت،و الإضرار بالورثه غیر مسموع إذا اقتضته القواعد الشرعیه ان ثبت ما ذکروه من تلک القاعده المذکوره،و الظاهر ثبوتها کما سیأتی ان شاء الله تعالی فی محله،هذا کله إذا لم یجز الورثه،و إلا فلا اشکال.

### و منها-ما لو أوصی بعتق عدد مخصوص من عبیده

،و فیه قولان:فقیل:

انه یستخرج ذلک العدد بالقرعه،و قیل:انه یتخیر الوارث فی ذلک المقدار، فیعینه فیمن أراد،وجه الأول أن العتق للمعتق،و لا ترجیح فیه لبعضهم علی بعض،فوجب التوصل إلیه بالقرعه.

و وجه الثانی أن متعلق الوصیه متواطئ،فیتخیر الوارث فی تعیینه کغیره و لأن المتبادر من اللفظ الاکتفاء بأی عدد کان من الجمیع و هو اختیار المحقق فی الشرائع:و الشارح فی المسالک قال:و هذا أقوی،و ان کانت القرعه أعدل.

### و منها-ما لو أعتق مملوکه عند الوفاه منجزا و لیس له غیره

،قیل:عتق کله،و قیل ینعتق ثلثه،و یسعی للورثه فی باقی قیمته،و لو أعتق ثلثه سعی فی باقیه ان لم یکن للمعتق مال غیره،فاضل من مستثنیات الدین،و إلا سری العتق علیه فی ثلث المال الفاضل.

أقول:أما المسئله الأولی فهی أحد جزئیات مسئله منجزات المریض، و الخلاف فیها بین کون ذلک من الأصل أو الثلث مشهور،و سیأتی تحقیق الحال فیها ان شاء الله تعالی فی المسائل الآتیه.

و أما المسئله الثانیه فالوجه فی سعی العبد فی باقی قیمته بالشرط المذکور،

ان ذلک قاعده کلیه فی کل موضع یصیر بعضه حرا،فإنه یجب علیه السعی فی فک رقبته من جمیع ما یکتسبه فاضلا عن مؤنته،لا أنه یختص بنصیب الحر خاصه، کما صرحوا به.

و أما الوجه فی فک العتق له کان له مال فاضلا عما ذکرناه،فلان سبب السرایه هو العتق الذی وقع المال،و قد وقع فی حال المرض کما هو المفروض، و اعتبر من الثلث،فیکون مسببه و هو السرایه کذلک،یکون من الثلث،هذا خلاصه ما ذکروه فی المقام.

### و منها-ما لو أوصی بعتق رقبه مؤمنه

وجب،فان لم یجد أعتق من لا یعرف بنصب،و المراد بالمؤمنه هو الایمان الخاص،و هو القول بإمامه الأئمه الاثنی عشر علیهم السلام و أنه مع تعذر ذلک یعتق من لا ینصب،و المراد بهم المستضعفون، و الجاهلون بأمر الإمامه،و هم أکثر الناس فی زمان الأئمه علیهم السلام کما استفاضت به الأخبار من تقسیم الناس یومئذ إلی الأصناف الثلاثه،مؤمن،و ضال،و هو من لا یعرف و لا ینکر،و کافر،و هو من أنکر الولایه،و قد تقدم تحقیق ذلک فی مواضع،و لا سیما فی کتاب الطهاره،و هذا القسم أعنی أهل الضلال مما صرحت الأخبار بأنهم من المسلمین،و لیسوا بالمؤمنین،و لا الکافرین،و أنهم فی الدنیا یعاملون بمعامله المسلمین،و تجری علیهم أحکام الإسلام،و فی الآخره من المرجئین لأمر الله،إما یعذبهم،و إما یتوب علیهم،بل ربما دلت بعض الأخبار علی دخولهم الجنه بسعه الرحمه الإلهیه،و أما المنکرون للإمامه و هم المشار إلیهم فی الأخبار بالنصاب،فهم من الکفار الحقیقیین،خلافا للمشهور بین علمائنا المتأخرین، و لتحقیق المقام محل آخر.

و کیف کان فمما یدل علی الحکم المذکور ما رواه

ثقه الإسلام فی الکافی عن علی بن أبی حمزه (۱)قال:

«سألت عبدا صالحا عن رجل هلک فأوصی بعتق



---

۱- ۱) الکافی ج ۷ ص ۱۸ ح ۱۰ بزیاده کلمه مسلمه،الوسائل ج ۱۳ ص ۴۶۲ ح ۲.

نسمه بثلاثين دينارا فلم يوجد له بالذى سمى؟قال:ما أرى لهم أن يزيدوا على الذى سمى،قلت:فان لم يجدوا؟قال:يشترون من عرض الناس ما لم يكن ناصبا».

و ما رواه

الصدوق فى الفقيه عن على بن أبى حمزه (۱)عنه عليه السلام أنه قال

«فليشتروا من عرض الناس ما لم يكن ناصبيا».

و ما رواه

المشايخ الثلاثه فى الصحيح أو الحسن الى على بن أبى حمزه (۲)

«قال سألت أبا الحسن عليه السلام عن رجل أوصى بثلاثين دينارا يعتق بها رجل من أصحابنا فلم يوجد بذلك قال:يشترى من الناس فيعتق».

و شيخنا فى المسالك لم يورد دليلا على القول المذكور إلا الروايه الأخيره، ثم اعترضها بضعف السند بعلى بن أبى حمزه،قال فالحكم بها مع مخالفه مقتضى الوصيه ضعيف،ثم قال:و مع ذلك فليس فى الروايه تقييد بعدم النصب،لكن اعتبره الجماعه نظرا الى أن الناصبى كافر،و عتق الكافر غير صحيح،فالقيد من خارج،الى أن قال:و الأقوى أنه لا يجزى غير المؤمنه مطلقا،فيتوقع المكنه، انتهى.

أقول:أما الرد بضعف السند فليس بمسموع عندنا،و لا عند المتقدمين، و لا معتمد مع أن أصحاب هذا الاصطلاح متى اتفق الأصحاب على العمل بالخبر تلقوه بالقبول،و الأمر كذلك إذ لا مخالف فى الحكم فيما أعلم،على أنه قد تقدم منه قريبا فى مسئله عدم قبول شهاده الوصى مع التهمه،ما يدل على تمسكه بالشهره و ان كانت خاليه من الدليل بالكليه،فإنه بعد أن استحسن مذهب ابن الجنيد عدل عنه الى المشهور من حيث الشهره لا غير،كما تقدم إيضاحه.

و أما طعنه فى الروايه بأنها خاليه من التقييد بعدم النصب،ففيه أن الروايتين



---

۱- ۱) الفقيه ج ۴ ص ۱۵۹ ح ۵۵۴.الوسائل ج ۱۳ ص ۴۶۲ ح ۲.

۲- ۲) الكافى ج ۷ ص ۱۸ ح ۹،التهذيب ج ۹ ص ۲۲۰ ح ۸۶۳،الفقيه ج ۴ ص ۱۵۹ ح ۳۵۵،الوسائل ج ۱۳ ص ۴۶۲ ح ۱.

الأخيرتين قد صرحتا بما ذكره الأصحاب من الشرط المذكور.

فان قيل:ان الروايتين لا دلاله لهما على كون الرقبه الموصى بها مؤمنه كما هو المدعى،و لعله لهذه الجهه لم يورد شيخنا المذكور هذين الخبرين.

قلنا:هذا غلط محض،فإن المسئول عنه و ان كان مجملا،لكن الحمل على المؤمنه معلوم من جوابه عليه السلام،و هو قرينه على أن المسئول عنه يومئذ إنما هو الرقبه المؤمنه،و ذلك فإن الأمر بالشراء بعد تعذر المأمور به بتلك القيمه لمن كان من عرض الناس،إلا أن يكون ناصبيا،ظاهر فى كون المأمور به رقبه مؤمنه،و التفصيل فيه جار على ما قدمناه من تقسيم الناس الى تلك الأقسام الثلاثه فى وقتهم عليهم السلام،و ان المراد بهذا الذى هو من عرض الناس هم الضلال الذين لا يعرفون و لا ينكرون،فانا قد أشرنا سابقا الى أن المفهوم من الأخبار أن جل الناس فى وقتهم كانوا من هذا الصنف.

و بالجمله فإن الحكم بما هو مشهور صحيح،و لا يعتريه فتور و لا قصور و مما يدل على جواز عتق المستضعفين المشار إليهم فى هذه الأخبار بعرض الناس اختيارا لأنهم من المسلمين،فتجرى عليهم أحكام الإسلام التى من جملتها العتق.

صحيحه الحلبى (۱)قال:

«قلت لأبى عبد الله عليه السلام:الرقبه تعتق من المستضعفين؟قال:نعم». إلا أن الظاهر تقييده بما إذا لم تكن الرقبه مشروطا فيها أن تكون مؤمنه.

**و منها أنه لو أوصى بعتق رقبه بثمن معين فلم يجدها بذلك الثمن**

،بل وجدها بأكثر منها لم يجب شراؤها،و لم تجب عليه الزياده،و يدل عليه ما تقدم

فى روايه على بن أبى حمزه،حيث قال السائل

«فلم توجد بالذى سمى،فقال عليه السلام:

ما أرى لهم أن يزيدوا على الذى سمى». و حينئذ فيجب عليه الصبر،و توقع



---

۱- ۱) الكافى ج ۶ ص ۱۸۲ ح ۳،الوسائل ج ۱۶ ص ۲۳ ح ۱.

وجودها بما عين له،فإن يئس من ذلك ففى بطلان الوصيه أو صرفه فى البر أو شراء شقص به،فان تعذر فأحد الأمرين أوجه،استجود فى المسالک شراء الشقص قال:لأنه أقرب الى مراد الموصى من عدمه،و لعموم«فأتوا منه ما استطعتم».

أقول:لا يخفى أن الأظهر بناء على ما تقدم فى نظائر هذه المسئله هو الصرف فى وجوه البر،إلا أن يجعل ما ذكره من شراء الشقص داخلا فى وجوه البر،و تكون هذه الوجوه التى ذكرها مؤيده.

و كيف كان فالظاهر هو الصرف فى وجوه البر كيف كان،و نقل عن التذكره الميل الى القول بالبطلان،حيث نفى عنه البأس،و فيه ما عرفت فى أصل المسئله المتقدمه من صون هذا القول،لأن هذه الصوره أحد جزئيات تلک المسئله،و لو وجدت بأقل اشتراها و أعتقها،و رفع إليها ما بقى من الموصى به.

و يدل على الحكم المذكور ما رواه

المشايخ الثلاثه(عطر الله مراقدهم) فى الصحيح إلى سماعه،فيكون الموثق (1)قال:

«سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل أوصى أن يعتق عنه نسمه بخمسمائه درهم من ثلثه،فاشترى الوصى نسمه بأقل من خمسمائه درهم،و فضلت فضله،فما ترى؟قال:تدفع الفضله إلى النسمه من قبل أن تعتق،ثم تعتق عن الميت».

قال فى المسالک:و الروايه مع ضعف سندها بسماعه دلت على اجزاء الناقصه و ان أمكنت المطابقه،لأنه لم يستفصل فيها،هل كانت المطابقه ممكنه أم لا؟و ترک الاستفصال من وجوه العموم،إلا أن الأصحاب نزلوها على تعذر الشراء بالقدر،و لا بأس بذلک مع اليأس من العمل بمقتضى الوصيه،لوجوب تنفيذها بحسب الإمكان،و إعطاء النسمه الزائد صرف له فى وجوه البر،و هو فى محله حينئذ،و تبقى الروايه شاهدا ان لم تكن حجه،لأن سماعه و ان كان واقفيا



---

1- 1) الكافى ج 7 ص 19 ح 13،التهذيب ج 9 ص 221 ح 868،الفقيه ج 4 ص 159 ح 557،الوسائل ج 13 ص 465 الباب 77.

لکنه ثقه،فتبنی حجیتها علی قبول الموثق،أو علی جبر الضعف بالشهره،و علی ما بیناه لا ضروره الی ذلک،لموافقه مضمونها للقواعد إذا قیدت بالیأس من تحصیل النسمه بالشرط،انتهی.

أقول:الظاهر-و الله سبحانه و أولیاؤه أعلم-أن الموصی أوصی بشراء نسمه تکون مما یساوی هذا الثمن عرفا،و اتفق حصول بعض أفراد هذا النوع بأقل من هذا الثمن،فان الحکم فیه ما ذکر من صحه الشراء و إعطاء الزائد النسمه.

أما صحه الشراء فلأن المفروض أنه من النوع الذی أمر به،و ان اتفق حصوله بأقل من الثمن المعین،لأن الموصی إنما قصد بتعیین الثمن بیان النوع الذی یریده،بمعنی أنه یکون من الأنواع التی تکون قیمتها بحسب العرف و العاده خمسمائه درهم،فالغرض إنما هو بیان النوع،و الذی اشتراه الوصی من هذا النوع،إلا أنه اتفق له بأقل من الثمن المحدود،و حینئذ فزیاده الثمن و نقصانه غیر ملحوظ فی الأمر بالشراء،و انما الملحوظ تعیین النوع،و قد حصل،فلا مخالفه فی الروایه بوجه من الوجوه،و لا یحتاج الی تنزیلها علی تعذر الشراء بالقدر،کما نقله عن الأصحاب،و لا الی الحمل علی الیأس من العمل بمقتضی الوصیه کما ذکره،لأن العمل بمقتضی الوصیه قد حصل بشراء تلک النسمه،حیث انها من النوع الذی أراده الموصی،و الثمن لا مدخل له فی ذلک حیث انه انما ذکر لبیان ذلک النوع و معرفته،لا أنه ملحوظ له أولا و بالذات کما توهمه حتی أنه بالنقصان عنه قد خالف مقتض الوصیه،و ما ذکرناه بحمد الله سبحانه صحیح،لا قصور فیه و لا ریب یعتریه.

و أما صرف الزائد فهو یرجع الی صرفه فی وجوه البر،کما هو المقرر فی مثله.

بقی الکلام فی أن الروایه دلت علی أن المعتق بعد إعطاء الزائد النسمه و المفهوم من کلام الأصحاب عدم التقیید بذلک،و أنه لا فرق فی دفع الزائد إلی النسمه بین کونه قبل العتق أو بعده،و الله العالم.

### و منها أنه لو أعتق رقبه بظن أنها مؤمنه،ثم بانت بخلاف ذلک

،قالوا:

أجزأت عن الموصی له،و علله فی المسالک بأنه متعبد فی ذلک بالظاهر،لا بما فی نفس الأمر،إذ لا یطلع علی السرائر إلا الله،فقد امتثل الأمر،و هو یقتضی الإجزاء،انتهی و هو جید.

أقول:و یدل علیه أیضا ما رواه

المشایخ الثلاثه(عطر الله تعالی مراقدهم) عن عمار بن مروان (1)عن أبی عبد الله علیه السلام فی حدیث قال فیه

«قلت:و أوصی بنسمه مؤمنه عارفه فلما أعتقناه بان لنا أنه لغیر رشده،فقال:فقد أجزأت عنه».

و زاد فی الکافی الفقیه

«إنما ذلک مثل رجل اشتری أضحیه علی انها سمینه فوجدها مهزوله،فقد أجزأت»،. و المراد بقوله«لغیر رشده»یعنی ولد الزنا و فی الخبر إشاره واضحه الی عدم ایمان ولد الزنا کما هو حق عندی فی المسئله، و قد تقدم تحقیق القول فیه فی کتاب الطهاره.

## المقصد الخامس فی الموصی له:

### اشاره

و فیه مسائل

### الاولی [فی اشتراط وجود الموصی إلیه حال الوصیه] :

الظاهر أنه لا خلاف بین الأصحاب(رضوان الله علیهم) فی أنه یشترط فی الموصی إلیه الوجود حال الوصیه،فلو أوصی لمیت بطلت،و کذا لو أوصی لمن یظن وجوده،ثم تبین أنه قد مات حال الوصیه،قالوا،و الوجه فی ذلک أن الوصیه لما کانت عباره عن تملیک عین أو منفعه کما تقدم من تعریفها بذلک،فلا بد من أن یکون الموصی له قابلا للتملیک،لیتحقق مقتضاها،فلا تصح الوصیه للمیت و لا لما تحمله المرأه،و لا لمن علم موته حین الوصیه،للعله المذکوره.



---

1- 1) الکافی ج 7 ص 62 ح 17،التهذیب ج 9 ص 236 ح 920،الفقیه ج 4 ص 172 ح 604،الوسائل ج 13 ص 481 ح 2.

قال فی المسالک:و أما الوصیه لمن سیوجد،فقد أطلق الأصحاب و غیرهم المنع منه،و لو بالتبعیه للموجود،مع أنه قد تقدم جواز الوقف علی المعدوم تبعا للموجود،و دائره الوقف أضیق من دائره الوصیه،کما یعلم من أحکامها، و یمکن الفرق بینهما لافتراقهما فی هذا الحکم بأن الغرض من الملک فی الوقف ملک العین علی وجه الحبس،و إطلاق الثمره،و الموقوف حقیقه هو العین،و ملکها حاصل للموقوف علیه الموجود،ثم ینتقل منه الی المعدوم،و ان کان یتلقی الملک من الواقف،ففائده الملک المقصوده منه متحققه فیهما،بخلاف الوصیه فإنه لو أوصی الی موجود،ثم الی معدوم بذلک الموصی به أولا،فإن مقتضی الوصیه تملیک الموصی له،فیکون الموصی به ملکا لذلک الموجود یتصرف فیه کیف یشاء،و لو ببیعه و إخراجه عن ملکه،و هذا مما ینافی الوصیه للمعدوم بها، لأن الوصیه له یقتضی تملیکه أیضا،و الحال أن العین الموصی بها قد صارت ملکا للأول،و یلزم أیضا أنه بالوصیه إلی المعدوم من أول الأمر ینتقل العین الموصی بها الیه،کما هو مقتضی الوصیه،مع أنه معدوم فی ذلک الوقت و لا یصلح للتملک.

نعم لو کانت الوصیه بثمره بستان لزید،و لأولاده المتجددین من بعده و هذا موضع شبهه فی المقام،فإنه و ان لم یأت فیه ما تقدم من المحذور الأول،إلا أن الثانی آت فیه،لأنه بالوصیه الی زید و لأولاده ینتقل الموصی به الی کل منهما،و کل منهما یوصی له بطریق الاستقلال لأن الثمره التی تملکها الأول بالوصیه غیر الثمره التی تملکها الأخر فی زمانه،و مقتضی الوصیه التملیک،فیلزم بمجرد الوصیه تملک المعدوم،مع أنه غیر قابل للتملک،و لو بالتبعیه،بخلاف الوقف،لأن الملک متحقق للموجود فی الأصل ابتداء،و منه ینتقل الی المعدوم بعد وجوده،و یزید ذلک تأییدا أو تعلیلا و تشییدا أن الوصیه کما عرفت من المملکات موجبه لنقل الملک من الموصی الی الموصی له،فلا بد من الدلیل الشرعی علی صحه تملک الوصیه،لیترتب علیها الأثر المذکور،و الذی علم من الأدله و الأخبار الوارده فی

باب الوصيه هو تخصیص ذلک بالوصيه إلى الموجود،و الحكم بالصحه فى المعدوم يتوقف على الدليل،و ليس فليس.

### الثانيه [فی صحه الوصيه للوارث و الأجنبی] :

الظاهر أنه لا خلاف بين الأصحاب(رضی الله عنهم)فی صحه الوصيه للوارث و الأجنبی و غير الوارث من الأقارب،و الخلاف هنا إنما هو من الجمهور، فإن أكثرهم على عدم جوازها للوارث،و رووا فی ذلک

عنه (١)(صلى الله عليه و آله و سلم)أنه قال:

«لا وصيه لوارث». و يدل على ما ذكره الأصحاب الآيه،و هی قوله عز و جل (٢)«كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذٰا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْراً الْوَصِيَّةُ لِلْوٰالِدَيْنِ وَ الْأَقْرَبِينَ» و من الظاهر أن الوالدين يكونان وارثين البته،فهی صريحه فی جواز الوصيه للوارث،و الأقارب قد يكونوا وارثين أيضا فتدل الآيه أيضا على ذلک بإطلاقها،فالمراد بقوله فی الآيه «كُتِبَ» ليس للوجوب،بل المراد التأكيد و الحث على ذلک.

و قد اضطرب كلام العامه فی المقتضى عن الآيه و الجواب عنها،فقيل:بأنها منسوخه بآيه المواريث و قد رواه

العياشی فی تفسيره عن ابن مسكان (٣)عن أبی جعفر عليه السلام

فی قوله تعالى «كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذٰا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْراً الْوَصِيَّةُ لِلْوٰالِدَيْنِ وَ الْأَقْرَبِينَ» قال:هی منسوخه نسختها آيه الفرائض التی هی المواريث. و جمله من أصحابنا حملوا هذه الروايه على التقيه،لما عرفت من أن المنع مذهب العامه.

و يحتمل قريبا حمل النسخ فيها على نسخ الوجوب،فان ظاهر الآيه الوجوب و أنه قد نسخ بآيه المواريث،فلا ينافی الجواز بل الاستحباب.

و منهم من حمل الوالدين على الكافرين،و باقی الأقارب على غير الوارث



---

١- ١) الجامع الصغير ج ٢ ص ٢٠۴ الطبعه الرابعه-دار الكتب العلميه.

٢- ٢) سوره البقره-الايه ١٨٠.

٣- ٣) تفسير العياشی ج ١ ص ٧٧ ح ١۶٧،الوسائل ج ١٣ ص ٣٧۶ الباب ١۵ ح ١۵.

منهم جمعا،و منهم من جعلها منسوخه فيما يتعلق بالوالدين خاصه.

قال فى المسالک:و يبطل الأول بأن الشىء إنما ينسخ غيره إذا لم يمكن الجمع بينهما،و هو هنا ممكن بحمل الإرث على ما زاد عن الثلث،کغيرها من الوصايا،و به يبطل الباقى،قال:و الخبر على تقدير تسليمه يمكن حمله على نفى وجوب الوصيه الذى كان قبل نزول الفرائض،أو على نفى الوصيه مطلقا،بمعنى إمضائها،و ان زادت عن الثلث،کما يقتضيه إطلاق الآيه،و المراد نفى الوصيه عما زاد عن الثلث.

ثم ان مما يدل على الوصيه للوارث الأخبار المتكاثره،و منها ما رواه

فى الكافى عن أبى بصير (۱)قال:

«سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الوصيه للوارث،فقال:

تجوز.

و ما رواه

فى الكافى و التهذيب فى الصحيح عن أبى ولاد الحناط (۲)قال:

« سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الميت يوصى للوارث بشىء؟قال:نعم،أو قال جائز له».

و ما رواه

فى الكافى عن محمد بن مسلم (۳)فى الصحيح

«عن أبى جعفر عليه السلام قال:الوصيه للوارث لا بأس بها».

و عن محمد بن مسلم (۴)فى الموثق قال:

«سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الوصيه للوارث؟قال:تجوز».

و ما رواه

المشايخ الثلاثه عن محمد بن مسلم (۵)فى الموثق عن أبى جعفر عليه السلام قال:

«سألته عن الوصيه للوارث؟فقال:تجوز،قال:ثم تلا هذه الآيه «إِنْ تَرَكَ خَيْراً الْوَصِيَّةُ لِلْوالِدَيْنِ وَ الْأَقْرَبِينَ» .

و فى هذا الخبر ما يؤذن بحمل خبر العياشى على المعنى الثانى،و هو أن

---

۱- ۱) الکافی ج ۷ ص ۹ ح ۱.الوسائل ج ۱۳ ص ۳۷۴ ح ۳.

۲- ۲) الکافی ج ۷ ص ۹ ح ۲،التهذیب ج ۹ ص ۱۹۹ ح ۷۹۱.الوسائل ج ۱۳ ص ۳۷۳ ح ۱.

۳- ۳) الکافی ج ۷ ص ۹ ح ۳.الوسائل ج ۱۳ ص ۳۷۴ ح ۴.

۴- ۴) الکافی ج ۷ ص ۱۰ ح ۴.الوسائل ج ۱۳ ص ۳۷۴ ح ۵.

۵- ۵) الکافی ج ۷ ص ۱۰ ح ۵،التهذیب ج ۹ ص ۱۹۹ ح ۷۹۸،الفقیه ج ۴ ص ۱۴۴ ح ۴۹۳. الوسائل ج ۱۳ ص ۳۷۳ ح ۲.

المراد نسخ الوجوب،فإن الإمام علیه السلام قد استدل بها علی جواز الوصیه للوارث، و ما دان إلا باعتبار حمل قوله «کُتِبَ» علی تأکید الاستحباب.

و أما ما رواه

الشیخ عن القاسم بن سلیمان (۱)

«قال سألت أبا عبد الله علیه السلام عن رجل اعترف لوارث بدین فی مرضه،فقال:لا تجوز وصیه لوارث و لا اعتراف».

فقد أجاب عنه الشیخ فی التهذیبین بالحمل علی التقیه،قال لموافقته مذاهب العامه و مخالفته للقرآن،و حمله فی الفقیه علی أکثر من الثلث.

### الثالثه [فی بیان الأقوال فی الوصیه للذمی و الحربی] :

اختلف الأصحاب فی جواز الوصیه للذمی علی أقوال:فقیل:

بالصحه مطلقا رحما کان أو غیره،و هو قول ابن إدریس و من تبعه،و منهم المحقق و العلامه.

و قیل:بالعدم مطلقا و هو القاضی ابن البراج،و قیل:تصح إذا کان رحما، و لا تصح ان کان أجنبیا،نقله الشیخ فی الخلاف عن بعض أصحابنا.

و یدل علی الأول قوله عز و جل (۲)« لا یَنْهاکُمُ اللّهُ عَنِ الَّذِینَ لَمْ یُقاتِلُوکُمْ فِی الدِّینِ .الی قوله أَنْ تَبَرُّوهُمْ »و الوصیه بر.

و من الأخبار ما رواه

المشایخ الثلاثه(قدس الله أرواحهم)عن محمد بن مسلم (۳)فی الصحیح قال:

«سألت أبا عبد الله علیه السلام عن رجل أوصی بماله فی سبیل الله فقال:أعطه لمن أوصی به له،و ان کان یهودیا أو نصرانیا،أن الله تبارک و تعالی یقول (۴)فَمَنْ بَدَّلَهُ بَعْدَ ما سَمِعَهُ فَإِنَّما إِثْمُهُ عَلَی الَّذِینَ یُبَدِّلُونَهُ ».

و ما رواه فی الکافی و التهذیب بسند صحیح غیر الأول عن محمد بن مسلم (۵)



---

۱- ۱) التهذیب ج ۹ ص ۲۰۰ ح ۷۹۹،الوسائل ج ۱۳ ص ۳۷۵ ح ۱۲.

۲- ۲) سوره الممتحنه-الایه ۸.

۳- ۳) التهذیب ج ۹ ص ۲۰۳ ح ۸۰۸،الکافی ج ۷ ص ۱۴ ح ۱،الفقیه ج ۴ ص ۴۸ ح ۵۱۴،الوسائل ج ۱۳ ص ۴۱۱ الباب ۳۲.

۴- ۴) سوره البقره-الایه ۱۸۱.

۵- ۵) الکافی ج ۷ ص ۱۴ ح ۲،التهذیب ج ۹ ص ۲۰۱ ح ۸۰۴،الوسائل ج ۱۳ ص ۴۱۱ الباب ۳۲ ذیل الروایه الأولی.

عن أحدهما علیهما السلام مثله بأدنی تفاوت.

و ما رواه

المشایخ الثلاثه أیضا عن یونس بن یعقوب (۱)

«أن رجلا کان بهمدان ذکر أن أباه مات،و کان لا یعرف هذا الأمر،فأوصی بوصیه عند الموت و أوصی أن یعطی شیء فی سبیل الله فسئل عنه أبو عبد الله علیه السلام کیف یفعل به؟فأخبرناه أنه کان لا یعرف هذا الأمر،فقال:لو أن رجلا أوصی الی أضع فی یهودی أو نصرانی لوضعته فیهما،أن الله عز و جل یقول «فَمَنْ بَدَّلَهُ بَعْدَ مٰا سَمِعَهُ فَإِنَّمٰا إِثْمُهُ عَلَی الَّذِینَ یُبَدِّلُونَهُ» فانظروا الی من یخرج الی هذا الوجه یعنی«بعض الثغور» فابعثوا به الیه».

و استدل للثانی-بأن الوصیه تستلزم الموده،و هی محرمه بالنسبه إلی الکافر،بقوله تعالی (۲)«لاٰ تَجِدُ قَوْماً یُؤْمِنُونَ بِاللّٰهِ وَ الْیَوْمِ الْآخِرِ یُوٰادُّونَ مَنْ حَادَّ اللّٰهَ وَ رَسُولَهُ وَ لَوْ کٰانُوا آبٰاءَهُمْ أَوْ أَبْنٰاءَهُمْ» و هی متناوله للأرحام و غیرهم.

و رده فی المسالک فقال:و یضعف بمعارضته بقوله تعالی (۳)«لاٰ یَنْهٰاکُمُ اللّٰهُ» الآیه و الذمی مطلقا داخل فیها،و بما تقدم من الأخبار،

و بقوله(صلی الله علیه و آله و سلم) (۴)

«علی کل کبد حری أجرا»، و ینتقض بجواز هبته و إطعامه و یمنع کون مطلق الوصیه له مواده،لأن الظاهر أن المراد منها مواده المحاد لله من حیث هو محاد لله بقرینه ما ذکر من جواز صلته،و هو عین المتنازع،لأنا لا نسلم أنه لو أوصی للکافر من حیث انه کافر لا من حیث أنه عبد لله و ذو روح من أولاد آدم المکرمین لکانت الوصیه باطله ثم انه اختار القول بالصحه مطلقا



---

۱- ۱) الکافی ج ۷ ص ۱۴ ح ۲،التهذیب ج ۹ ص ۲۰۱ ح ۸۰۴،الوسائل ج ۱۳ ص ۴۱۴ ح ۴.
۲- ۲) سوره المجادله-الایه ۲۲.
۳- ۳) سوره الممتحنه-الایه ۸.
۴- ۴) الکافی ج ۴ ص ۵۷ ح ۲ و فیه«أفضل الصدقه إبراد کبد حری»و فی هامش الجامع الصغیر ج ۲ ص ۶۸ عن صحیح الترمذی لک بکل ذات کبد حری أجر الوسائل ج ۶ ص ۳۳۰ الباب ۴۹.

للآیه المتقدمه،و الأخبار المذکوره معها.

أقول:لقائل أن یقول:ان الأخبار المذکوره لا دلاله فیها علی أزید من وجوب تنفیذ الوصیه کما أوصی به الموصی،و هو لا یستلزم جواز ذلک،بل من الممکن أن یکون ما فعله محرما یأثم علیه و ان وجب تنفیذه علی الوصی،و الیه تشیر الأخبار المذکوره،فإن الظاهر من الأخبار أن معنی سبیل الله هو جمیع وجوه البر کما تقدم بیانه،و ان تفسیره بالجهاد إنما هو مذهب العامه،و لهذا انه علیه السلام فی خبر یونس بن یعقوب أمر بصرفه فی ذلک لکون الموصی مخالفا.

و بالجمله فإن النهی عن مواده الذمی و صلته التی من جملتها الوصیه له لا ینافی وجوب تنفیذها بالآیه المذکوره،ألا تری أن البیع بعد النداء یوم الجمعه محرم یأثم فاعله مع أنه صحیح لو وقع،و مرجع ذلک الی أن الآیه قد دلت علی أنه یجب تنفیذ ما أوصی به حسبما أوصی به،سواء کان ما فعل من الوصیه جائزا أو محرما،و اثم تحریمه انما یتعلق به،لا بالموصی،نعم تبقی المعارضه بین الآیتین المذکورتین،و الجمع بینهما مشکل،و قد مر فی کتاب الوقف مزید کلامه فی ذلک:و أما استناده فیما ذکره الی الخبر النبوی المذکور،و الی أنه تجوز هبته و إطعامه فهو ناش من الغفله عن مراجعه النصوص الوارده فی هذا الباب،و ذلک فإنه قد روی

ثقه الإسلام فی الکافی النهی عن إطعام الکافر،عن أبی یحیی (1)عن بعض أصحابنا

«عن أبی عبد الله علیه السلام قال:من أشبع مؤمنا وجبت له الجنه،و من أشبع کافرا کان حقا علی الله أن یملأ جوفه من الزقوم، مؤمنا کان أو کافرا».

و روی الصدوق قدس سره فی کتاب معانی الأخبار بسنده فیه عن النهیکی (2)رفعه الی أبی عبد الله علیه السلام

«أنه قال من مثل مثالا أو اقتنی کلبا فقد خرج من الإسلام فقلت له:هلک إذا کثیر من الناس،فقال:انما عنیت بقولی«من مثل



---

۱- ۱) أصول الکافی ج ۲ ص ۲۰۰ ح ۱،الوسائل ج ۱۶ ص ۵۲۳ ح ۱.

۲- ۲) معانی الأخبار ص ۱۸۱،الوسائل ج ۱۶ ص ۵۲۳ ح ۲.

مثالا»من نصب دينا غير دين الله و دعى الناس اليه،و بقولى«من اقتنى كلبا مبغضا لأهل البيت اقتناه فأطعمه و سقاه من فعل ذلك فقد خرج عن الإسلام».

و عن معلى بن الحسين (١)عن أبى عبد الله عليه السلام فى حديث قال:

«من أشبع عدوا لنا فقد قتل وليا لنا».

و فى وصيته(صلى الله عليه و آله و سلم)لأبى ذر المنقوله فى كتاب مجالس الشيخ (٢):

«يا أبا ذر لا يأكل طعامك إلا تقى.الى أن قال:أطعم طعامك من يحب فى الله،و كل طعام من يحبك فى الله».

و روى فى التهذيب عن عمر بن يزيد (٣)

«قال سألته عن الصدقه على النصاب و على الزيديه،فقال:لا تصدق عليهم بشىء و لا تسقهم من الماء ان استطعت، و قال:الزيديه هم النصاب».

و عن ابن أبى يعفور (۴)قال:

«قلت لأبى عبد الله عليه السلام:جعلت فداك ما تقول فى الزكاه؟الى أن قلت:فيعطى السؤال منها شيئا؟قال:فقال:لا و الله إلا أن ترحمه فان رحمته فأعطه كسره ثم أو مى بيده فوضع إبهامه على أصول أصابعه».

و فى روايه أبى بصير (۵)

«عن الصادق عليه السلام قال:أبو عبد الله عليه السلام أ ترون أنما فى المال الزكاه وحدها،ما فرض الله فى المال من غير الزكاه أكثر،تعطى منه القرابه و المتعرض لك ممن يسألك فتعطيه ما لم تعرفه بالنصب،فإذا عرفته بالنصب فلا تعطه إلا أن تخاف لسانه فتشترى دينك و عرضك منه».

الى غير ذلك من الأخبار الكثيره الدلاله على ذلك،و هى مؤيده لما دلت



---

۱- ۱) معانى الأخبار ص ۳۶۵.
۲- ۲) أمالى الشيخ الطوسى ج ۲ ص ۱۴۸ ط النجف الأشرف.
۳- ۳) التهذيب ج ۴ ص ۵۳ ح ۱۴۱.
۴- ۴) التهذيب ج ۴ ص ۵۳ ح ۱۴۲.
۵- ۵) الكافى ج ۳ ص ۵۵۱ ح ۲. و هذه الروايات فى الوسائل ج ۱۶ ص ۵۲۴ ح ۳ و ۴ و ج ۶ ص ۲۸۸ ح ۲ و ص ۱۵۳ ح ۶ و

ص ١٧٠ ح ١.

علیه الآیه المـذکوره أعنی قوله تعالی (۱)«لاٰ تَجِدُ قَوْماً» الآیه و یعضـده هذه الآیه أیضا قوله عز و جل (۲)«یٰا أَیُّهَا الَّذِینَ آمَنُوا لاٰ تَتَّخِذُوا عَدُوِّی وَ عَدُوَّکُمْ أَوْلِیٰاءَ تُلْقُونَ إِلَیْهِمْ بِالْمَوَدَّهِ وَ قَدْ کَفَرُوا بِمٰا جٰاءَکُمْ مِنَ الْحَقِّ» الی أن قال «وَ مَنْ یَفْعَلْهُ مِنْکُمْ فَقَدْ ضَلَّ سَوٰاءَ السَّبِیلِ إِنْ یَثْقَفُوکُمْ یَکُونُوا لَکُمْ أَعْدٰاءً وَ یَبْسُطُوا إِلَیْکُمْ أَیْدِیَهُمْ وَ أَلْسِنَتَهُمْ بِالسُّوءِ وَ وَدُّوا لَوْ تَکْفُرُونَ» .

و أنت خبیر بمـا فیها من التسـجیل علی النهی عن المواده لهم علی أبلغ وجه و أکـده،و لا ریب أن الوصـیه لهم نوع محبه کما لا یخفی،و بما ذکرناه من الاعتضاد بهـذه الآیه و الأخبار المـذکوره یظهر ترجیح العمل بآیه «لاٰ تَجِدُ قَوْماً» علی الآیه الأخری و هی (۳)«لاٰ یَنْهٰاکُمُ اللّٰهُ» الآیه.

و من المحتمل قریبا تخصیص هذه الآیه بمعنی لا ینافی ما دلت علیه تلک الآیات و الأخبار،کما ذکره الطبرسی فی کتاب مجمع البیـان،قال:أی لیس ینهاکم الله عن مخالطه أهل العهـد الـذین عاهـدوکم علی ترک القتال،و برهم و معاملتهم بالعـدل،و هو قوله (۴)«أَنْ تَبَرُّوهُمْ وَ تُقْسِطُوا إِلَیْهِمْ» أی و تعـدلوا فیما بینکم و بینهم من الوفاء بالعهد،نقل ذلک عن الزجاج،و إذا قام هذا الاحتمال فلاـ دلاله فی الآیه علی المخالفه،ثم نقل قولا بأنها منسوخه بآیه (۵)«فَاقْتُلُوا الْمُشْرِکِینَ حَیْثُ وَجَدْتُمُوهُمْ» عن ابن عباس و الحسن و قتاده و علی هذا فلا إشکال أیضا إلا أن ظاهر کلامه الأخیر یؤذن بالمخالفه،و قد تقدم نقله فی کتاب الوقف.

و المراد بالناصب فی هذه الأخبار هو المخالف الغیر المستضـعف،و لا الجاهل بالإمامه لا ما یتوهمه متأخر و أصـحابنا من المعلن بعداوه أهل البیت علیهم السلام کما



---

۱- ۱) سوره المجادله-الایه ۲۲.

۲- ۲) سوره الممتحنه-الایه ۱.

۳- ۳) سوره الممتحنه-الایه ۸.

۴- ۴) سوره الممتحنه-الایه ۸.

۵- ۵) سوره التوبه-الایه ۵.

تقدم تحقیقه فی غیر مقام،و لا سیما فی کتب العبادات.

و بذلک یظهر لک ما فی قوله«انا لا نسلم أنه لو أوصی للکافر من حیث انه کافر لکانت الوصیه باطله»،فإن فیه ما عرفت من أنه لا منافاه بین إنفاذ الوصیه بعد وقوعها،و عدم جواز الوصیه له،و محل البحث إنما هو جواز الوصیه،و قد دلت الأخبار التی سردناها علی عدم جواز صله الکافر،و الوصیه من جمله ذلک، فلا یجوز حینئذ،و لکن بعد وقوعها و إن أثم الموصی بذلک لا تجوز مخالفته لمقتضی الأخبار المذکوره المعتضده بالآیه الداله علی النهی عن التبدیل و المخالفه لما أوصی به.

و استدل للقول الثالث بما ورد من الحث علی صله الرحم مطلقا،فیتناول الذمی،ورد بأن ذلک غیر مناف لما دل علی صله غیره.

أقول:هذا الجواب انما یتم لو دل الدلیل علی صله غیره ممن هو محل البحث،و أما علی ما ذکرناه من عدم جواز ذلک کما عرفته،فالقول المذکور و ما علل به جید لا بأس به،إلا أنه یمکن أن یقال:انه قد تعارض هنا عمومان:

أحدهما-ما دل علی صله الرحم متدینا کان أو غیره،و ثانیهما-ما دل علی المنع من صله الکافر مطلقا رحما کان أو غیره،کما عرفت من الأخبار التی ذکرناها، و تخصیص أحد العمومین بالآخر یحتاج الی دلیل،و من ذلک یظهر أن الأظهر هو القول بالمنع مطلقا،و یؤیده أنه الأحوط من هذه الأقوال،و الاحتیاط أحد المرجحات الشرعیه فی مقام التعارض بین الأدله،هذا بالنسبه إلی الذمی.

و أما الحربی و المراد به ما هو أعم من الوثنی أو الذمی الذی لا یقوم بشرائط الذمه،و الظاهر أن المشهور بینهم هو عدم صحه الوصیه له،و استدل علیه بقوله تعالی (1)«إِنَّمٰا یَنْهٰاکُمُ اللّٰهُ عَنِ الَّذِینَ قٰاتَلُوکُمْ فِی الدِّینِ» الآیه،و الحربی ناصب نفسه لذلک.



---

1- 1) سوره الممتحنه-الایه 9.

قال فی المسالک:و فیه نظر،لأن الحربی قد لا یکون مقاتلا بالفعل بل ممتنعا من التزام شرائط الذمه،فلا یدخل فی الآیه،و قوله علیه السلام فی الخبر السابق«أعطه لمن أوصی له،و ان کان یهودیا أو نصرانیا»،و استشهاده بالآیه یتناول بعمومه الحربی،لأن«من»عامه فی المتنازع و کذلک الیهودی و النصرانی شامل للذمی و غیره،حیث لا یلتزم بشرائط الذمه،انتهی.

أقول:من المحتمل قریبا-بل الظاهر أنه هو المراد-أن المراد بالقتال فی الدین انما هو بعد طلبهم الی الدخول فی الدین،أو القیام بالجزیه ان کانوا من أهل الکتاب،بمعنی انکم إذا طلبتموهم الی ذلک قاتلوکم،و لم یجیبوا دعوتکم،و نصبوا لکم القتال،لا أن المراد أنهم یبتدءونکم بالقتال،و ینصبون لکم الحرب،و ان لم تدعوهم إلی الإسلام،إذ من الظاهر أن أهل مکه الذین هم مورد الآیه و غیرهم انما قاتلوا رسول الله(صلی الله علیه و آله و سلم)بعد الدعوه الی الإسلام،و طلبهم الی الدخول فیه،و إلا فلو کف عنهم لکفوا عنه و لم یقاتلوه بالکلیه.

و أما الاستناد إلی ما ذکره من قوله علیه السلام فی الخبر السابق«أعطه لمن أوصی له و ان کان یهودیا»،فان فیه ما قدمنا تحقیقه من أنه لا یلزم من وجوب التنفیذ صحه الوصیه،بل یجب علی الوصی إنفاذ ما أوصی به و ان کان أصل الوصیه منهیا عنه،جمعا بین الآیات و الأخبار الداله علی النهی عن صله الکافر و موادته، و الوصیه من قبیل ذلک،و بین الأخبار المشار إلیها الداله صریحا علی وجوب تنفیذ ما أوصی به،و لیس فیما ذکرناه من هذا القول ما یطعن به علیه،إلا کونه خلاف المشهور بینهم،و إلا فالقواعد الشرعیه لا تنافیه بل تعضده،کما تقدمت الإشاره إلیه.

ثم ان ما استدل به علی عدم صحه الوصیه للحربی و کذا الوقف علیه أن مال الحربی فیء للمسلمین،فلا یجب دفعه إلیه لأنه غیر مالک،فلو جازت

الوصیه له لکان إما أن یجب علی الوصی دفعه الیه و هو باطل لما تقدم،أو لا یجب و هو المطلوب،إذ لا معنی لبطلان الوصیه إلا عدم وجوب تسلیمها الی الموصی له.

و اعترضه فی المسالک بأن فیه منع استلزام عدم وجوب دفع الوصیه إلیه بطلانها،لأن معنی صحتها ثبوت الملک له إذا قبله فیصیر حینئذ ملکا من أملاکه یلزمه حکمه،و من حکمه جواز أخذ المسلم له،فإذا حکمنا بصحه وصیته، و قبضه الوصی ثم استولی علیه من جهه أنه مال الحربی،لم یکن منافیا لصحه الوصیه،و کذا لو منعه الوارث لذلک،و ان اعترفوا بصحه الوصیه.

و تظهر الفائده فی جواز استیلاء الوصی علی العین الموصی بها الحربی، فیختص بها دون الورثه،و کذا لو استولی علیها بعض الورثه دون بعض،حیث لم یکن فی أیدیهم ابتداء،و لو حکمنا بالبطلان لم یأت هذا،بل یکون الموصی به من جمله الترکه،لا یختص بأحد من الورثه.

أقول:یمکن أن یقال:أن مراد المستدل المذکور هو أنه لما أباح الشارع ماله و جعله فیئا للمسلمین،دل ذلک علی کونه غیر أهل للملک،بمعنی أنه لا یدخل شیء فی ملکه،بأی نحو کان،و أن هذا المال الذی کان عنده انما هو بمنزله الأشیاء المباحه للناس،کل من سبق الیه و حازه ملکه دون غیره،و کونه فی یده قبل الاستیلاء علیه بالقهر و الغلبه من المسلمین،لا یدل علی الملک،و علی هذا فلا یجوز إدخال شیء فی ملکه بوصیه أو غیرها،حتی أنه بعد الدخول فی ملکه، یصیر فیئا للمسلمین،کما ذکره(قدس سره)بل تصبر الوصیه إلیه باطله، و یکون الموصی به من جمله الترکه کما ذکره أخیرا،و هو احتمال قریب وجیه لا بد لنفیه من دلیل.

### الرابعه [فی الوصیه لمملوک الأجنبی و مدبره] :

#### اشاره

قالوا:لا تصح الوصیه لمملوک الأجنبی و لا لمدبره،و لا لأم ولده، و لا لمکاتبه المشروطه،أو الذی لم یؤد من مکاتبته شیئا،و ان أجاز مولاه.

أقول:أما عدم جواز الوصیه لمملوک الغیر قنا کان أو مدبرا أو أم ولد،

فاستدلوا علیه بانتفاء أهلیه الملک بالنسبه إلی هؤلاء،و هو شرط فی صحه الوصیه.

و فیه أن هذا إنما یتم علی القول بأن المملوک لا یملک شیئا مطلقا،کما هو أحد الأقوال فی المسئله،و أما علی القول بأنه یملک و ان کان فی التصرف محجورا إلا بإذن المولی،فإنه لا مانع من صحه الوصیه له،فیعتبر قبوله کغیره،و ربما استدل علی عدم الصحه بروایه

عبد الرحمن بن الحجاج (1)عن أحدهما علیهما السلام قال:

«لا وصیه لمملوک».

و فیه أن الخبر کما یحتمل نفی الوصیه من الغیر له،کذلک یحتمل نفی أن یوصی المملوک لغیره،لاحتمال أن یکون الإضافه هنا الی الفاعل،أو المفعول.

و أما بالنسبه إلی مکاتب الغیر إذا کان مشروطا أو مطلقا و لم یؤد شیئا بالکلیه،فالمشهور أن الحکم فیه کما فی سابقه،لبقاء المملوکیه.

و قیل:بصحه الوصیه للمکاتب مطلقا،لانقطاع سلطنه المولی عنه،و لهذا یصح بیعه و اکتسابه،و قبول الوصیه نوع من الاکتساب.

أقول:و الذی وقفت علیه من الروایات المتعلقه بالمکاتب ما رواه

المشایخ الثلاثه(قدس الله أرواحهم)فی الصحیح عن محمد بن قیس (2)عن أبی جعفر علیه السلام فی مکاتب کذا فی کتابی الکافی و التهذیب و فی الفقیه

«عن أبی جعفر علیه السلام قال:قضی أمیر المؤمنین علیه السلام فی مکاتب کانت تحته امرأه حره،فأوصت له عند موتها بوصیه فقال:أهل المیراث لا نجیز وصیتها له،انه مکاتب لم یعتق و لا یرث،فقضی أنه یرث بحساب ما أعتق منه،و یجوز له من الوصیه بحساب ما أعتق منه،و قضی فی مکاتب أوصی له بوصیه و قد قضی نصف ما علیه فأجاز له نصف الوصیه و قضی فی مکاتب قضی ربع ما علیه فأوصی له بوصیه فأجاز ربع الوصیه،و قال فی رجل حر أوصی لمکاتبه،و قد قضت سدس ما کان علیها و أجاز بحساب ما أعتق منها».



---

1- 1) التهذیب ج 9 ص 216 ح 852.الوسائل ج 13 ص 466 ح 2 الباب 80.

2- 2) الکافی ج 7 ص 28 ح 1،التهذیب ج 9 ص 223 ح 874،الفقیه ج 4 ص 160 ح 558. الوسائل ج 13 ص 468 الباب 80.

و شيخنا فی المسالک بناء علی ما حصل له من الوهم فی محمد بن قيس فی أمثال هذا السند من كونه مشتركا،و الحديث به ضعيف.رد هذه الروايه بذلک، بعد أن أوردها دليلا للقول الأول،و اختار القول الثانی و جعله الأقوی،و هو ضعيف،فان محمد بن قيس فی هذا السند و أمثاله هو الثقه،كما قطع به جمله من تأخر عنه،و منهم سبطه السيد السند فی شرح النافع،فتكون الروايه صحيحه بحسب العمل بمقتضی هذا الاصطلاح،هذا مع تأيدها بجمله من الأخبار الداله علی أن المكاتب إذا أوصی صحت وصيته بقدر ما أعتق منه خاصه،و مقتضی كلامه المتقدم صحه وصيته مطلقا،لانقطاع سلطنه المولی عنه الی آخر ما ذكره،مع أن الأخبار قد قصرت الصحه علی قدر ما انعتق منه.

و منها

صحيحه محمد بن قيس (1)

«عن أبی جعفر عليه السلام قال قضی أمير المؤمنين عليه السلام فی مكاتب قضی بعض ما كوتب عليه أن يجاز من وصيته بحساب ما أعتق عنه، و قضی فی مكاتب قضی نصف ما عليه فأوصی بوصيه فأجاز نصف الوصيه،و قضی فی مكاتب قضی ثلث ما عليه،و أوصی بوصيه فأجاز ثلث الوصيه».

و صحيحه أبان (2)عمن حدثه

«عن أبی عبد الله عليه السلام أنه قال:فی مكاتب أوصی بوصيه،قد قضی الذی كوتب عليه الأشياء يسيرا فقال:تجوز بحساب ما أعتق منه».

و روايه محمد بن قيس (3)

«عن أبی جعفر عليه السلام فی حديث قال:قضی أمير المؤمنين عليه السلام فی وصيه مكاتب قد قضی بعض ما كوتب عليه أن تجاز من وصيته بحساب ما أعتق منه». و بذلک يظهر لک مزيد ضعف القول المذكور.

### تنبيهان:

### الأول [رأی الشيخ فی المسأله] :

قال فی المختلف:المشهور أنه لا تصح الوصيه لعبد الغير و لا لمكاتبه المشروط و غير المؤدی،و قال الشيخ فی المبسوط و تبعه ابن البراج:إذا أوصی



---

1- 1) التهذيب ج 9 ص 223 ح 876،الوسائل ج 13 ص 268 ح 1.

۲- ۲) التهذیب ج ۹ ص ۲۲۳ ح ۸۷۵،الوسائل ج ۱۳ ص ۴۶۹ الباب ۸۱ ح ۲ و ص ۴۶۸ الباب ۸۱ ح ۱.

۳- ۳) هذه الروایه تکرار منه(قدس سره).

لعبد نفسه أو لعبد ورثته كان ذلك صحيحا،لأن الوصيه للوارث عندنا تصح، و كذا ان أوصى لمكاتبه أو لمكاتب ورثته كانت الوصيه صحيحه،و لو أوصى لعبد الأجنبى لم تصح الوصيه،لما ورد فى الخبر فى ذلك،و فى كلامه نظر،فإن الوصيه للعبد ان كانت وصيه لمولاه صحت،و ان كان العبد لأجنبى،لأنه تصح الوصيه له و ان لم يكن لم يبق فرق بين الوارث و الأجنبى،و بالجمله فهذا التفصيل مشكل،انتهى.

**الثانى [فى وصيه الإنسان لمكاتبه] :**

قال فى المختلف:قال الشيخ المفيد(رحمه الله عليه)إذا أوصى لعبد له كاتبه جاز مما أوصى له بحساب ما أعتق عنه،و يرجع الباقى الى مال الورثه،و كذا قال سلار،و قال ابن البراج:يصح أن يوصى لمكاتبه،و هو المشهور،فان قصد المفيد برجوع الباقى الى الورثه من غير أن يسقط من مال الكتابه بقدره بل يكون لهم مجانا،لزم إبطال الوصيه للمكاتب،سواء كان الموصى المالك أو غيره،و هو مخالف لظاهر فتوى الأصحاب،و ان قصد رجوعه إليهم و إسقاط ما يقابله من مال الكتابه،فهو حسن،على أن إبطال الوصيه للمكاتب الغير المشروط لا يخلو عندى من نظر،انتهى.

أقول:ما نقله عن الشيخ المفيد(قدس الله روحه)هو القول الأول الذى دلت عليه صحيحه محمد بن قيس المتقدمه،و هى الاولى من رواياته،و ما نقله عن ابن البراج هو القول الثانى،و ظاهره أنه المشهور بينهم،و قد عرفت اختيار صاحب المسالك له،و عرفت ما فيه.

و أما ما أورده على الشيخ المفيد من أن حكمه برجوع الباقى من الوصيه على الورثه مجانا يعنى من غير احتساب ذلك من مال الكتابه الذى يستحقونه يلزم منه إبطال الوصيه.

ففيه أنه يجب أولا تحقيق البحث فى المسئله كما قدمنا ذكره من أنه هل الوصيه للمكاتب مطلقا صحيحه،أم لا؟بل تكون مراعاه بأنه فى المطلق ان لم

ینعتق منه شیء فهی غیر صحیحه،و ان انعتق منه شیء فیصح بنسبه ما انعتق منه، و أنت قد عرفت أنه لا دلیل للقول بالصحه مطلقا،إلا ما ذکره فی المسالک من ذلک التعلیل الاعتباری العلیل،و أن القول الثانی هو مدلول الصحیحه المتقدمه کما عرفت المعتضده بما ذکرناه من الأخبار الأخر،و ما ذکره من لزوم إبطال الوصیه لا ضیر فیه إذا اقتضته الأدله الشرعیه،علی أن الإبطال بالکلیه انما یتجه لو لم ینعتق منه شیء بالکلیه،و إلا فإنه یکون العتق بالنسبه.

و بالجمله فقول الشیخ المفید هو الموافق للاخبار کما عرفت،و ما ذکره من أن کلام الشیخ المذکور مخالف لفتوی الأصحاب فلا ضیر فیه إذا اعتضدته الأدله الشرعیه،خلا ما ذکره الأصحاب کما عرفت فی الباب.

### الخامسه [فی وصیه الإنسان لمملوکه] :

#### اشاره

اختلف الأصحاب(رحمهم الله)فی صحه وصیه الإنسان لمملوکه فقال الشیخ المفید فی المقنعه و الشیخ فی النهایه:إذا أوصی الإنسان لعبده بثلث ماله ینظر فی قیمه العبد قیمه عادله،و ان کانت قیمته أقل من الثلث أعتق و أعطی الباقی، و ان کانت مثله أعتق و لیس له شیء،و لا علیه شیء،و ان کانت القیمه أکثر من الثلث بقدر السدس أو الربع أو الثلث أعتق بمقدار ذلک،و استسعی فی الباقی لورثته،و ان کانت قیمته علی الضعف من ثلثه،کانت الوصیه باطله،و تبعهما ابن البراج فی کتابی الکامل و المهذب.

و قال الشیخ فی الخلاف إذا أوصی لعبد نفسه صحت الوصیه،و قوم العبد و أعتق إذا کان ثمنه أقل من الثلث،و ان کان ثمنه أکثر من الثلث استسعی العبد فیما یفضل للورثه،و أطلق،و کذا قال أبو الصلاح.

و قال سلار:ان کانت أقل من الثلث عتق و أعطی ما فضل،و ان کانت أکثر بمقدار الربع و الثلث من الثلث عتق بمقدار الثلث،و استسعی فی الباقی.

و قال الشیخ علی بن الحسین بن بابویه:إذا أوصی لمملوکه بثلث ماله، قوم المملوک قیمه عادله،فإن کانت أکثر من الثلث استسعی فی الفضل ثم أعتق و ان کانت قیمته أقل من الثلث أعطی ما فضلت قیمته علیه،ثم أعتق.

و قال ابن الجنید:لو أوصی للمملوک بثلث ماله،

فقد روی (۱)

«عن أبی عبد الله علیه السلام أنه قال:فان کانت الثلث أقل من قیمه العبد بقدر ربع القیمه استسعی العبد فی ربع القیمه،و ان کان الثلث أکثر من قیمه العبد أعتق العبد، و دفع الیه ما فضل من الثلث بعد القیمه».

و یخرج الثلث من جمیع الترکه،و لو کانت الوصیه للمملوک بمال مسمی لم یکن لعتاقه یجوز إخراج ذلک من غیر رقبته،و لو کانت جزء من الترکه کعشر أو نحوه کان العبد بما یملکه من ذلک الجزء من رقبته متحررا،أو باقیه کما قلنا،و اختار ابن إدریس مذهب الشیخ فی الخلاف.

قال فی المختلف بعد نقل هذه الأقوال:و المعتمد أن نقول ان کانت الوصیه بجزء مشاع کثلث أو نصف أو ربع قوم العبد و أعتق عن الوصیه،فإن فضل من قیمته شیء استسعی فی الفاضل للورثه،سواء کان الفاضل ضعف قیمته أو أقل أو أزید،و ان قضی عتق و أخذ الفاضل،فان ساواه عتق،و لا شیء له و لا علیه،و ان کانت الوصیه بعین بطلت و لا شیء له،و لا یعتق منه شیء.

و قال المحقق فی الشرائع:و یعتبر ما أوصی به المملوک بعد خروجه من الثلث،فان کان بقدر قیمته أعتق،و ان کان قیمته أقل أعطی الفاضل،و ان کانت أکثر سعی للورثه فیما بقی ما لم یبلغ قیمته ضعف ما أوصی له به،فان بلغت ذلک بطلت الوصیه،و قیل:تصح و یسعی فی الباقی کیف کان و هو حسن،انتهی.

أقول:و الذی وقفت علیه من الأخبار المتعلقه بهذه المسئله ما رواه

الشیخ فی التهذیب عن الحسن بن صالح الثوری (۲)

«عن أبی عبد الله علیه السلام فی رجل أوصی لمملوک له بثلث ماله،قال:فقال:یقوم المملوک بقیمه عادله،ثم ینظر ما یبلغ ثلث المیت،فان کان الثلث أقل من قیمه العبد بقدر ربع القیمه استسعی العبد فی ربع القیمه،و ان کان الثلث أکثر من قیمه العبد أعتق العبد و دفع الیه



---

۱- ۱) التهذیب ج ۹ ص ۲۱۶ ح ۸۵۱،الوسائل ج ۱۳ ص ۴۶۷ ح ۲.

۲- ۲) التهذیب ج ۹ ص ۲۱۶ ح ۸۵۱،الوسائل ج ۱۳ ص ۴۶۷ ح ۲.

ما فضل من الثلث بعد القيمه».

و ما ذكره

الرضا عليه السلام فى كتاب الفقه الرضوى (۱)حيث قال:

«و ان أوصى لمملوكه بثلث ماله قوم المملوك قيمه عادله،فإن كانت قيمته أكثر من الثلث استسعى فى الفضله ثم أعتق». و هذه عين عباره الشيخ على بن بابويه المتقدمه،إلا أنه عليه السلام لم يذكر ما إذا كانت قيمته أقل،و لعل هذه الزياده كانت فى نسخه الكتاب الذى عند الشيخ المزبور،و يحتمل أنها من كلامه(رحمه الله)تتميما لمعنى الكلام.

و كيف كان فينبغى أن يعلم أن الكلام هنا فى مقامين

## الأول [الفرق بين ما إذا كانت الوصيه بجزء مشاع و بينما إذا كانت بعين]

-أن مقتضى الروايتين-و هو صريح العلامه فى المختلف و ابن الجنيد،و ظاهر الشيخين فيما تقدم نقله عنهما،و كذا الشيخ على بن بابويه-هو الفرق بين ما إذا كانت الوصيه بجزء مشاع كثلث أو نصف أو ربع،فان الحكم فيه ما ذكر من التفصيل،و بينما إذا كانت الوصيه بعين،فإنه تبطل الوصيه من رأس،لأن المملوك لا يملك،و على تقدير ملكه فإنه لا يجوز التخطى الى غير ما أوصى به،لأنه يكون تبديلا للوصيه فالتخطى الى رقبته تبديل للوصيه حينئذ،فلا يجرى فيه الحكم المذكور فى الخبرين.

و حكم الوصيه بالمعين و ان كان غير مذكور فى كلام المشايخ الثلاثه المذكورين،إلا أن تخصيصهم هذا التفصيل بالوصيه بالمشاع،ظاهر فى أنه لا يجرى فى المعين،و ليس بعده إلا البطلان،و ظاهر كلام الأكثر كالشيخ فى الخلاف و ابن إدريس و المحقق فيما نقلناه عنه و غيرهم هو العموم،و لهم فى تعليل ذلك كلمات عليله،و الظاهر هو القول الأول عملا بالخبرين المذكورين.

و انما يبقى الكلام فى صحه الوصيه له بالمعين و عدمها،و هو مبنى على صحه تملك العبد و عدمه،و إلا فالتخطى إلى الرقبه على تقدير الصحه مشكل



---

۱- ۱) فقه الرضا(عليه السلام)ص ۴۰.

لما عرفت،و نحن انما صرنا إلى التخطى إلى الرقبه فيما إذا كانت الوصيه بجزء مشترك،للخبرين المتقدمين،و بيان الوجه فيما دلا عليه،ما ذكره فى المختلف و هو أن الجزء المشاع يتناول نفسه.أو بعضها،لأنه من جمله الثلث الشائع،و الوصيه له بنفسه صحيحه،و الفاضل قد استحقه بالوصيه،لأنه يصير جزء،فيملك بالوصيه،فيصير كأنه قال أعتقوا عبدى من ثلثى،و أعطوه ما فضل منه،انتهى، و هذا كله مفقود فى صوره التعيين.

### الثانى [فى رد تفصيل الشيخين فى وصيه الإنسان لمملوكه]

-أن المفهوم من كلام الشيخين المتقدم أنه فى صوره ما إذا كانت قيمته أكثر من الثلث الموصى له بقدر ضعف ما أوصى به،كما لو كانت قيمته مائتين الموصى له به يبلغ مائه.فإنه تبطل الوصيه فى هذه الصوره،و انما تصح فيما إذا كانت أقل من الضعف و لو يسيرا فيعتق منه بقدر الوصيه ان خرجت من الثلث،و إلا فبقدر الثلث،و يستسعى للورثه فى الباقى كما لو أوصى له بمائه و خمسين،و قيمته مائتان،فإنه ينعتق منه بالوصيه ثلاثه أرباعه،و يسعى للورثه فى ربع قيمته،و هو خمسون.

و ظاهر كلام المحقق و هو اختياره فى المسالك أيضا،أنه لا فرق بين الأمرين بأن يكون قيمته بقدر ضعف ما أوصى له به أو أقل،فإنه ينعتق بحساب ما أوصى له به مطلقا،ما لم يزد عن الثلث،فان زاد فبحساب الثلث،و هذا هو ظاهر كلام الشيخ فى الخلاف،و أبى الصلاح و الشيخ على بن بابويه و ابن إدريس،و نقله الشهيد فى نكت الإرشاد عن المحقق فى النكت،قال:و استدل عليه الشيخ بإجماع الفرقه.

قال فى المسالك-بعد إيراد روايه حسن بن صالح المتقدمه دليلا للشيخين فيما ذهب اليه-:و وجه دلاله الروايه من جهه مفهوم الشرط فى قوله فيها «فان كان الثلث أقل من قيمه العبد بقدر ربع القيمه استسعى العبد فى ربع القيمه» فإن مفهومه أنه لو لم يكن أقل بقدر الربع لا يستسعى،و انما يتحقق عدم

الاستسعاء مع البطلان،و لا يخفى عليك ضعف هذا التنزيل،فان مفهومهما أن الثلث ان لم يكن أقل من قيمه العبد بقدر ربع القيمه لا يستسعى فى ربع القيمه،لا أنه لا يستسعى مطلقا،و هذا مفهوم صحيح لا يفيد مطلوبهم،فلا ينافى القول بأنه يستسعى بحسابه،فان كان أقل بقدر الثلث يستسعى فى الثلث أو بقدر النصف،فيستسعى فى النصف،و هكذا و أيضا فلو كان المفهوم الذى زعموه صحيحا لزم منه أنه متى لم يكن الثلث أقل من قيمته بقدر الربع لا يستسعى بل تبطل الوصيه،و هذا شامل لما لو كانت القيمه قدر الضعف و أقل من ذلك الى أن يبلغ النقصان قدر الربع فمن أين خصصوا البطلان بما لو كانت قيمته قدر الضعف؟ما هذا إلا عجيب عجاب من مثل هذين الشيخين الجليلين،انتهى و هو جيد وجيه.

## السادسه [فى وصيه الإنسان بعتق مملوكه و عليه دين] :

### اشاره

إذا كان على الإنسان دين و أوصى بعتق مملوكه،و ليس له سواه أو أعتقه منجزا فقد اختلف كلام الأصحاب(رضى الله عنهم)فى ذلك فقال الشيخ المفيد(قدس سره)فى كتاب المقنعه إذا كان على الإنسان دين،و لم يخلف إلا عبدا أو عبيدا فأعتقهم عند الموت،نظر فى قيمه العبد أو العبيد و ما عليه من الدين فان كان أكثر من قيمه العبد بطل العتق،و بيع العبيد و تحاص الغرماء بثمنهم، و كذا ان استوت القيمه و الدين،فان كانت قيمه العبد أكثر من الدين السدس أو الثلث و نحو ذلك بيع العبد،و بطل العتق،و ان كان قيمه العبد ضعف الدين، كان للغرماء النصف منهم،و للورثه الثلث،و عتق منهم السدس،لأن لصاحبهم الثلث من تركته يضع به ما يشاء،فوصيته نافذه فى ثلث مماليكه،و هو السدس، بهذا جاء الأثر من آل محمد عليهم السلام.

و قال الشيخ فى النهايه:إذا أوصى لإنسان بعتق مملوك له،و كان عليه دين فان كان قيمه العبد ضعف الدين استسعى العبد فى خمسه أسداس قيمته،ثلاثه أسهم للديان،و سهمان للورثه،و سهم له،و ان كانت قيمته أقل من ذلك بطلت الوصيه و بذلك قال ابن البراج.

و قال ابن إدريس:الـذى يقتضـيه المـذهب أنه لا وصـيه قبل قضاء الـدين،بل الدين مقدم على الوصـيه،و التدبير عندنا وصـيه،فلا تمضـى الوصـيه إلا بعد قضاء الدين،فان عمل عامل بهذه الروايه يلزمه أن يستسعى العبد،سواء كانت قيمته ضـعفى الدين أو أقل من ذلـك،لأـنه متى كـانت قيمته أكثر من الـدين بـأى شـىء كـان فـان الميت الموصـى قـد اسـتحق فى الـذى فضـل عن الـدين ثلثه،فتمضـى وصـيته فى ذلـك الثلث،و يعتق العبـد،و يستسـعى فى دين الغرمـاء و مـا فضـل عن ثلثه الباقى للورثه،ولى فى ذلك نظر،فإن أعتقه فى الحال،و بت عتقه قبل موته،مضـى العتق و ليس لأحـد من الـديان،و لا الورثه عليه سبيل،لأنه ليس بتدبير،و انما هو عطيه منجزه فى الحال،و عطاياه المنجزه صحيحه،على الصحيح من المذهب، لا تحسب من الثلث بل من الأصل.

و قـال العلاـمه فى المختلف:و المعتمـد أن تقول ان أحـاط الـدين بقيمه العبـد بطـل العتق،سواء كان قـد نجزه من مرض موته أو أوصى به،و ان قصر الدين عن قيمته عتق ثلث الفاضل،و استسعى فى الباقى.

و قال المحقق فى الشـرائع:و لو أوصـى بعتق مملوكه و عليه دين،فان كانت قيمه العبد بقدر الدين مرتين أعتق المملوك،و سـعى فى خمسه أسـداس قيمته، و ان كـانت قيمته أقـل بطلت الوصـيه بعتقه،و الوجه أن الـدين يقـدم على الوصـيه فيبـدأ به،و يعتق منه الثلث فيمـا فضـل عن الـدين،أما لو نجز عتقه عنـد موته كان الأمر كما ذكر أولا،عملا بروايه عبـد الرحمن عن أبى عبـد الله عليه السلام.

أقول:و الواجب أولاـ نقـل مـا وصـل الى من الأخبـار فى المسـئله المـذكوره، ثم الكلام فيها بما وفق الله سـبحانه لفهمه منها،فمن ذلك ما رواه

فى الكافى و التهذيب عن عبد الرحمن بن الحجاج (۱)فى الصحيح قال:

«سألنى أبو عبد الله عليه السلام



---

۱- ۱) الكافى ج ۷ ص ۲۶ ح ۱،التهذيب ج ۹ ص ۲۱۷ ح ۸۵۴،الوسائل ج ۱۳ ص ۴۲۳ ح ۵.

هل يختلف ابن أبی لیلی و ابن شبرمه؟فقلت:بلغنی أنه مات مولی لعیسی بن موسی و ترک علیه دینا کثیرا و ترک ممالیک یحیط دینه بأثمانهم فأعتقهم عند الموت فسألهما عیسی بن موسی عن ذلک،فقال ابن شبرمه:أری أن یستسعیهم فی قیمتهم،فتدفعها الی الغرماء،فإنه قد أعتقهم عند موته،و قال ابن أبی لیلی:

أری أن أبیعهم و ادفع أثمانهم إلی الغرماء،فإنه لیس له أن یعتقهم عند موته، و علیه دین یحیط بهم،و هذا أهل الحجاز الیوم یعتق الرجل عبده و علیه دین کثیر،فلا یجیزون عتقه إذا کان علیه دین کثیر،فرفع ابن شبرمه یده الی السماء فقال:سبحان الله یا ابن أبی لیلی متی قلت هذا القول؟و الله ما قلته إلا طلب خلافی،فقال أبو عبد الله علیه السلام:فعن رأی أیهما صدر الرجل؟قال:قلت:بلغنی أنه أخذ برأی ابن أبی لیلی،و کان له هوی فی ذلک،فباعهم و قضی دینه،قال:

فمع أیهما من قبلکم،قلت له:مع ابن شبرمه،و قد رجع ابن أبی لیلی إلی رأی ابن شبرمه بعد ذلک،أما و الله ان الحق لفی الذی قال ابن أبی لیلی،و ان کان قد رجع عنه،قلت:هذا ینکسر عندهم فی القیاس فقال:هات قایسنی فقلت:أنا أقایسک؟فقال:لتقولن بأشد ما یدخل فیه من القیاس،فقلت له:

رجل ترک عبدا لم یترک مالا غیره،و قیمه العبد ستمائه درهم،و دینه خمسمائه درهم فأعتقه عند الموت،کیف یصنع؟قال:یباع العبد و یأخذ الغرماء خمسمائه درهم،و یأخذ الورثه مائه درهم،فقلت:أ لیس قد بقی من قیمه العبد مائه درهم عن دینه؟فقال:بلی،فقلت:أ لیس للرجل ثلثه یصنع به ما شاء،قال:بلی، قلت:أ لیس قد أوصی للعبد بالثلث من المائه حین أعتقه،فقال:ان العبد لا وصیه له،انما ماله لموالیه،فقلت له:فإذا کان قیمه العبد ستمائه درهم،و دینه أربعمائه،قال:کذلک یباع العبد،فیأخذ الغرماء أربعمائه درهم،و یأخذ الورثه مائتین،فلا یکون للعبد شیء،قلت له:فإن قیمه العبد ستمائه درهم و دینه ثلاثمائه درهم فضحک و قال:من هیهنا أتی أصحابک فجعلوا الأشیاء شیئا واحدا،

و لم يعملوا السنه،إذا استوى مال الغرماء و مال الورثه أو كان مال الورثه أكثر من مال الغرماء لم يتهم الرجل على الوصيه،و أجيزت وصيته على وجهها، فالآن يوقف هذا،فيكون نصفه للغرماء و يكون ثلاثه للورثه،و يكون له السدس».

و ما رواه

فی الکافی عن زراره (۱)فی الحسن أو الصحیح عن أحدهما علیهما السلام

فی رجل أعتق مملوکه عند موته،و علیه دین،قال:ان کان قیمته مثل الدین الذی علیه و مثله،جاز عتقه،و إلا لم یجز».

و رواه الشیخ فی التهذیب فی الصحیح أو الحسن عن زراره الحدیث مقطوعا، و رواه فی الفقیه عن ابن أبی عمیر عن جمیل عن أبی عبد الله علیه السلام مثله.

و ما رواه

فی التهذیب عن حفص بن البختری (۲)فی الصحیح

«عن أبی عبد الله علیه السلام قال:إذا ملک المملوک سدسه استسعی و أجیز».

قال فی الوافی:لعل الحکم مختص بما إذا کان العتق عند الموت أو بعده و کان علی مولاه دین کما یظهر من سائر أخبار الباب و إلا یلزم تقیید أخبار السرایه الماضیه کلها بذلک،و هو مشکل،انتهی.

و ما رواه

فی التهذیب عن زراره (۳)فی الصحیح

«عن أبی عبد الله علیه السلام قال:

إذا ترک الدین علیه و مثله أعتق المملوک و استسعی».

و ما رواه

فی الکافی عن الحسن بن الجهم (۴)فی الموثق قال:

«سمعت أبا الحسن علیه السلام یقول:فی رجل أعتق مملوکا له و قد حضره الموت،و أشهد له بذلک و قیمته ستمائه درهم،و علیه دین ثلاثمائه درهم و لم یترک شیئا غیره،قال:

۱- ۱) الکافی ج ۷ ص ۲۷ ح ۲،التهذیب ج ۹ ص ۲۱۸ ح ۸۵۶،الفقیه ج ۴ ص ۱۶۶ ح ۵۸۰.الوسائل ج ۱۳ ص ۴۲۵ ح ۶.

۲- ۲) التهذیب ج ۹ ص ۱۶۹ ح ۶۸۹.الوسائل ج ۱۳ ص ۴۲۲ ح ۱.

۳- ۳) التهذیب ج ۹ ص ۱۶۹ ح ۶۸۸.الوسائل ج ۱۳ ص ۴۲۲ ح ۲.

۴- ۴) الکافی ج ۷ ص ۲۷ ح ۳،التهذیب ج ۹ ص ۲۱۸ ح ۸۵۵.الوسائل ج ۱۳ ص ۴۲۳ ح ۴.

يعتق منه سدسه،لأنه إنما له منه ثلاثمائه درهم،و يقضى منه ثلاثمائه درهم فله من الثلاثمائه درهم ثلثها و له السدس من الجميع». و رواه الشيخ فى التهذيب مثله،«الا أن الذى فيه«لأنه إنما له منه ثلاثمائه و له السدس من الجميع»و ما بينهما لم يذكره.

و ما رواه

فى الفقيه و التهذيب عن الحلبى (۱)فى الصحيح

«عن أبى عبد الله عليه السلام أنه قال:فى الرجل يقول:ان متّ فعبدى حر و على الرجل دين قال:

ان توفى و عليه دين قد أحاط بثمن العبد بيع العبد،و ان لم يكن أحاط بثمن العبد استسعى العبد فى قضاء دين مولاه،و هو حر إذا وفاه».

و الشيخ فى التهذيبين قيده بما إذا كان الدين أنقص من ثمن العبد بمقدار النصف جمعا بينه و بين الأخبار المذكوره قبله.

أقول:و تحقيق الكلام فى المقام هنا يقع فى موضعين

### الأول [فى نقل الأقوال فى الوصيه بالعتق و عليه دين] :

لا يخفى أنه من القواعد المقرره بينهم كما تقدم ذكره أن الوصيه المتبرع بها إنما تنفذ من ثلث المال،و أن الدين يقدم أولا،ثم تعتبر الوصيه من ثلث ما بقى بعد الدين، و أن المنجزات المتبرع بها فى مرض الموت بحكم الوصيه فى خروجها من الثلث عند الأكثر،و لا ريب أن العتق من جمله التبرعات.

و على هذا فإذا أوصى بعتق مملوكه تبرعا أو أعتقه منجزا بناء على أن المنجزات من الثلث،و كان عليه دين،فان كان الدين يحيط بالتركه بطل العتق و الوصيه به،و هو مما لا خلاف فيه،و لا اشكال نصا و فتوى،و ان فضل من التركه فضل بعد الدين و ان قل،فمقتضى القواعد المذكوره صرف ثلث الفاضل فى الوصايا فيعتق من العبد بحساب ما يبقى من الثلث،و يسعى فى باقى قيمته سواء كانت قيمته بقدر الدين مرتين أو أقل،لأن العتق تبرع محض،فيخرج من الثلث و المعتبر منه ثلث ما يبقى من المال بعد الدين على تقديره،كغيره من التبرعات.



---

۱- ۱) التهذيب ج ۹ ص ۲۱۸ ح ۸۵۷،الفقيه ج ۳ ص ۷۰ ح ۲۲،الوسائل ج ۱۳ ص ۴۲۳ ح ۳.

و بهذا قال جماعه من الأصحاب،بل أكثر المتأخرين كما ذكره فی المسالک، و منهم العلامه فی المختلف و ابن إدريس على ما ذكره من التردد،و المحقق بالنسبه إلى الوصيه و القول الثانی-و هو أنه انما يصح العتق إذا كانت قيمته ضعفی الدين، و سعى فی خمسه أسداس قيمته،ثلاثه للديان و سهمان للورثه-للشيخ المفيد و الشيخ فی النهايه و القاضی استنادا الى ما قدمناه من الروايات الصحيحه الصريحه فی ذلک،و الأصحاب لم يوردوا منها إلا صحيحه عبد الرحمن بن الحجاج،فمنهم من وقف عليها،و خص الحكم بتنجيز العتق،كما هو مورد الروايه دون الوصيه، وقوفا فيما خالف الأصل على مورده.

و منهم من رده،و اطرحها لمخالفتها للروايه الداله على تلک القواعد، قال:فی المسالک بعد ذكر صحيحه عبد الرحمن:و روى عن زراره فی الحسن مثله،إلا أن الروايه به مقطوعه،فلذا لم يذكرها المصنف هنا،و اقتصر على روايه عبد الرحمن لصحتها.

أقول:عذره فی ذلک واضح،و هو أنه اقتصر على مراجعه التهذيب و هی فی بعض مواضعه كما ذكره حسبما قدمنا ذكره،و إلا فهی فی الكافی بسنده الى الامام عليه السلام و نحوها الروايات الأخر،و هی صريحه صحيحه،و لكنهم لم يقفوا عليها،و بذلک يظهر لک أن الأظهر هو الوقوف عليها،و العمل بمقتضاها،و بها تخصص أخبار تلک القواعد ان ثبتت.

نعم احتج القائلون بالقول الأول بصحيحه الحلبی المتقدمه،و لهذا ان الشيخ تأولها بما قدمنا نقله عنه،جمعا بين الأخبار و هو جيد.

أقول:و يمكن أن يقال:و لعله الأقرب العاری عن وصمه القيل و القال أن ما ذكروه من الاشكال و المخالفه فی هذه الروايات لمقتضى القواعد المقرره مبنی على أن المنجزات فی حكم الوصيه مخرجها الثلث،و إلا فلو قلنا بأن مخرجها الأصل كما هو ظاهر كلام ابن إدريس المتقدم،و هو الحق الظاهر من الأخبار

كما سيأتى تحقيقه ان شاء الله تعالى فى المسئله عند ذكرها،فلا اشكال بحمد الملك المتعال،و على تقديره فالظاهر أنه لا يقيد بكون القيمه ضعف الدين أو غيره و بالجمله فإنه يندفع بذلك ما ذكروه من الإشكال الذى أوردوه على هذه الروايات، و ان بقى فيها اشكال من وجه آخر على هذا القول.

و كيف كان فالعمل على ما دلت عليه و الوقوف على مواردها حسب،هذا بالنسبه إلى المنجزات.

و أما الوصيه فلم يتعرضوا عليهم السلام لها فى شىء من النصوص المذكوره،كما سيظهر لك ان شاء الله تعالى و مما حققناه يظهر لك صحه ما أشرنا إليه فى غير موضع مما تقدم أن الأظهر هو الوقوف فى الأحكام على موارد الأخبار،و لا يلتفت الى ما يدعونه من القواعد فى مقابلتها،فان هذه القواعد غير معلومه،و ان دلت الأخبار على بعض أفرادها و مع ثبوت كونها قواعد فالتخصيص فيها ممكن،لا منافاه فيه

**الثانى [فى نقل الأقوال فى العتق المنجز و عليه دين] :**

أن مورد الروايات المتقدمه هو العتق المنجز،و هو الذى صرح به الشيخ المفيد و من تبعه،و الشيخ فى النهايه و من تبعه عدوا الحكم إلى الوصيه بالعتق.

قال فى المسالك:و لعله نظر الى تساويهما فى الحكم و أولويته فى غير المنصوص،لان بطلان العتق المنجز على تقدير قصور القيمه عن ضعف الدين مع قوه المنجز لكونه تصرفا من المالك فى ماله،و الخلاف فى نفوذه من الأصل يقتضى بطلانه فى الأضعف،و هو الوصيه بطريق أولى انتهى،و لا يخفى ما فيه.

و أورد أيضا على الشيخ القائل بتعديها:بصحيحه عبد الرحمن إلى الوصيه، معارضتها فيها بصحيحه الحلبى المتقدمه،فإنها تدل بإطلاقها على انعتاقه متى زادت قيمته عن الدين،و هو الموافق لما تقرر من القواعد،فلا وجه لعمل الشيخ بتلك الروايه مع عدم ورودها فى مدعاه،و اطراح هذه الروايه و من الجائز اختلاف حكم المنجز و الموصى به فى مثل ذلك كما اختلفا فى كثير من الأحكام

على تقدير تسليم حكمها فى المنجز،انتهى.

أقول:لا يخفى ان تلك الروايه و ان كانت غير ظاهره فى مدعى الشيخ كما ذكره إلا أن صحيحه الحلبى المذكوره أيضا لا تخلو من الطعن فى متنها بما لا يقولون به،فإنها دلت على أنه يستسعى العبد فى دين مولاه،و أنه يكون حرا إذا وفاه،و لم يتعرض فى الروايه لحق الورثه،مع أن لهم فى قيمته مع زيادتها عن الدين حقا،و الروايات المتقدمه متفقه على أنه يستسعى فى الدين،و فى حق الورثه.

و بذلك يظهر أن أن ما تدل عليه الروايه لا يقولون به،و ما يقولون به لا تدل عليه،و لو قيل:بأن الروايه و ان لم تدل عليه لكنه يضم إليها بدليل من خارج،و تخصيص الأمر بوفاء الدين لا تنافيه.

قلنا،هذا انما يتم لو كانت الروايه مطلقه،و أما مع النص فيها بأنه بأداء الدين يكون حرا،فهذا التقييد مناف لما دلت عليه،و منه يعلم أن هذه الروايه على ما هى عليه لا تصلح المعارضه الخبر المذكور،فكيف مع انضمام تلك الأخبار الصحاح الصراح اليه،كما عرفت،فالأظهر حملها على ما قدمنا ذكره عن الشيخ (رحمه الله عليه).

و قد تلخص مما ذكرناه أن الأقوال فى العتق المنجز ثلاثه:الأول-مذهب الشيخ المفيد و من تبعه،و هو توقف العتق على بلوغ قيمه العبد ضعف الدين و إلا فهو باطل،و هذا مدلول الأخبار المتقدمه.

الثانى-قول العلامه و المحقق و من تبعهما،و هو أنه ينعتق من ثلث الباقى كائنا ما كان،و لا يتقيد بضعف الدين،و فى هذا القول تقديم حق الديان من ثلث الباقى،و يستسعى فيما يخص الديان،و الوارث بالنسبه،مثلا لو كانت قيمته ثلاثمائه درهم،و على المولى من الدين مائتا درهم،فإنه يكون للديان منه مائتان، تبقى مائه له ثلثها،و هى ثلاثه و ثلاثون و ثلث،و ثلثاها للورثه،و هذه الثلاثه

و الثلاثون و ثلث تسع الثلاثمائه،فعلی هذا ینعتق منه التسع،و یسعی فی سته أتساع للدیان،و فی تسعین للورثه،و حجه هذا القول کما عرفت صحیحه الحلبی، و قد عرفت ضعفها عن المعارضه متنا و عددا.

الثالث-قول ابن إدریس و هو تنفیذ العتق من الأصل و سقوط الدین، و هذا القول و ان کان جیدا بالنظر الی الأخبار الداله علی أن منجزات المریض من الأصل کما ستتلوها علیک ان شاء الله تعالی بعد ذکر المسئله،أعنی مسأله العتق منجزا مع الدین،یجب الوقوف فیها علی هذه الروایات،لأنها أخص من تلک،و القاعده تقتضی تقدیم الخاص و العمل به،و الله العالم.

### السابعه [فی الوصیه لأم ولده] :

لا خلاف بین الأصحاب(رضی الله عنهم)فی صحه الوصیه لأم الولد، و لا خلاف أیضا فی انعتاقها علی ولدها من حصته بعد موت سیدها،و لم یوص لها بشیء،و انما الخلاف فیما إذا أوصی لها بشیء فهل ینعتق مما أوصی لها به أو من نصیب الولد أو من غیرهما؟أقوال أربعه.

أحدها-ما ذهب الیه الشیخ فی النهایه من أنها تعتق من نصیب ولدها علی تقدیر وفاء نصیب ولدها بقیمتها،و یعطی ما أوصی لها به،و هو مذهب المحقق فی نکت النهایه و نقل عن العلامه فی المختلف،و علل ذلک أن الترکه تنتقل من حین الموت الی الوارث،لعدم صلاحیه المیت للتملک،و عدم انتقالها للدیان،و الموصی لهم إجماعا،و عدم بقائها بغیر مالک،فتعین الوارث،و حینئذ فیستقر ملک ولدها علی جزء من أمه،لأنها من الترکه،فتعتق علیه،و تستحق الوصیه.

و ثانیها-أنها تعتق من الوصیه،فإن فضل منها شیء عتق من نصیب ولدها، و هو مذهب ابن إدریس،و المحقق فی باب الاستیلاد من الشرائع،و فی هذا الباب تردد بین القولین المذکورین،و وجه القول بکونها تعتق من الوصیه،لا من نصیب ابنها استنادا الی أن الإرث مؤخر عن الدین،و الوصیه بمقتضی الآیه (1)



---

1- 1) سوره النساء-الایه 11.

«مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِى بِهٰا أَوْ دَيْنٍ» فلا يحكم لابنها بشىء حتى أنه يحكم لها بالوصيه،فإن وقت الوصيه بقيمتها أعتقت كملا،و ان قصرت أكملت من نصيب ولدها،و أورد عليه بأن المراد بالآيات استقرار الملك بعد المذكورات،بمعنى أنه لا يملك الوارث ملكا مستقرا إلا بعد الوصيه بالدين،و إلا فاللازم من ذلك بقاء التركه من غير مالك،لما عرفت من أن الميت غير صالح للملك،و الديان و الموصى إليه لا يملك،فلم يبق إلا الوارث،أو صيروره التركه بغير مالك، و الثانى ممتنع،فتعين الأول.

و ثالثها-أنها تنعتق من ثلث الميت،و تأخذ الوصيه،و هو مذهب الشيخ أبى جعفر محمد بن على بن بابويه نقله شيخنا الشهيد فى شرح الإرشاد،و استدل له بصحيحه أبى عبيده الآتيه عن أبى عبد الله عليه السلام.

و رابعها-أنها تعتق من الوصيه أو نصيب الولد،و تعطى بقيه الوصيه،و هو مذهب ابن الجنيد.

و الذى وقفت عليه من الأخبار فى المقام ما رواه

المشايخ الثلاثه(رحمهم الله) فى الصحيح عن أبى عبيده (۱)قال:

«سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل كانت له أم ولد و له منها غلام فلما حضرته الوفاه أوصى لها بألفى درهم أو بأكثر للورثه أن يسترقوها،قال:فقال:لا،بل تعتق من ثلث الميت،و تعطى ما أوصى لها به»و زاد فى الكافى و التهذيب و فى كتاب العباس«يعتق من نصيب ابنها،و تعطى من ثلثه ما أوصى لها به».

و شيخنا الشهيد فى شرح الإرشاد روى

عن الشيخ(رحمه الله عليه)فى التهذيب عن أحمد بن محمد عن على بن محبوب عن جميل بن صالح عن أبى عبيده (۲)

«عن أبى الحسن عليه السلام فى رجل أوصى لأم ولده بألفى درهم فقال:يعتق



---

۱- ۱) الكافى ج ۷ ص ۲۹ ح ۴،التهذيب ج ۹ ص ۲۲۴ ح ۸۸۰ عن جميل بن صالح الفقيه ج ۴ ص ۱۶۰ ح ۵۵۹،الوسائل ج ۱۳ ص ۴۷۰ ح ۴.

۲- ۲) لم نعثر عليه فى التهذيب بهذا السند.

من ثلث الميت و يعطى ما أوصـى لها به»، و فى كتاب العباس الى آخر ما تقـدم،و لم أقف على هـذه الروايه فى الوافى،و لا فى الوسائـل فيحتـاج إلى مراجعه التهـذيب و ظاهره أن هـذا خبر آخر غير خبر أبى عبيـده المروى عن أبى عبـد الله عليه السـلام،فإنه جعل هـذا الخبر المروى عن أبى الحسن عليه السـلام دليلا للقول الأول،و الخبر المروى عن أبى عبد الله عليه السـلام دليلا للقول الثـالث،و الظـاهر تغـاير الخبرين،فـإن المروى عنه فى أحـدهما غير الأـولى و المتـن مختلـف أيضا.فيكونـان خـبرين،فينبغى الملاحظه،لأنى لم أقف على من نقله غيره،و مدلولهما أنها تعتق من الثلث، و تعطى ما أوصى لها به.

و نحوهما أيضا ما رواه

المشايخ الثلاثه فى الصحيح عن احمد بن محمد بن أبى نصر (۱)قال:

«نسـخت من كتاب بخط أبى الحسن عليه السـلام فلان مولاک توفى ابن أخ له،و ترک أم ولد له،ليس لها ولد،فأوصى لها بألف هـل تجوز الوصـيه؟ و هـل يقع عليهـا عتق و مـا حالهـا؟رأيک فـدتک نفسـى فى ذلک،فکتب عليه السـلام يعتق من الثلث،و لها الوصـيه». و اسـتدل فى المختلف لاـبن بـابويه أيضا زياده على صـحيحه أبى عبيـده الأولى و وجه الاشـكال فيها هو أن العتق من الثلث هنا،لا يظهر له وجه،و لهـذا ان العلامه حمل الخبرين على ما إذا أوصـى بعتقها،و حملها آخر على ما لو كان نصـيب ولدها بقدر الثلث،و لا يخفى ما فيه.

و بالجمله فهذان الخبران ظاهران فيما ذهب اليه الصدوق،و أن الاشكال فيها بما عرفت ظاهر.

نعم مـا نقـل من كتـاب العباس من روايه الخبر بهـذه الكيفيه ظاهر فى الـدلاله على القول الأول،و ظاهر شـيخنا الشـهيد فى شـرح الإرشاد الميل الى مذهب الشـيخ فى النهايه،قال:و الأقرب اختيار الشـيخ،لبناء العتق على التغليب و السـرايه، و لهذا لو لم يكن ثمه وصيه و لا مال للميت سواها عتق منها بنصيب ولدها،وسعت

ص :۵۴۴

---

۱- ۱) الكافى ج ۷ ص ۲۹ ح ۱،التهذيب ج ۹ ص ۲۲۴ ح ۸۷۷،الفقيه ج ۴ ص ۱۶۰ ح ۵۶۰،الوسائل ج ۱۳ ص ۴۶۹ ح ۱.

فی الباقی لبقیه الورثه.

و شیخنا فی المسالک طعن فی روایه کتاب العباس بأنها بمجرد وجودها فی الکتاب المذکور لا یتم الاستدلال،و لو صح السند،ثم قال:و روایه أبی عبیده مشکله،علی ظاهرها،لأنها إذا أعطیت الوصیه لا وجه لعتقها من ثلثه،لأنها حینئذ تعتق من نصیب ولدها کما ذکر فی الحملین المتقدمین،و قال:کلاهما بعید، إلا ان الحکم فیها بإعطائها الوصیه کاف فی المطلوب إذ عتقها من نصیب ولدها یستفاد من دلیل خارج صحیح،و یبقی ما نقل عن کتاب أبی العباس شاهدا علی المدعی،و لعل هذا أجود،انتهی.

و المسئله لا تخلو من شوب الاشکال لما عرفت،و ان کان ما استجوده شیخنا المذکور لا تخلو من قرب،و ملخصه أن أقصی ما یمکن العمل به من هذه الأخبار هو أعطاها ما أوصی لها به،فتعطی فی ذلک،و أما عتقها فیرجع فیه الی الأخبار الأخر الداله علی انعتاق أم الولد علی ولدها من نصیبه بعد موت المولی،و کل من الأمرین المذکورین حق مطابق للقواعد الشرعیه.

و اما اعتبار الثلث فلا یظهر له هنا وجه وجیه یترتب علیه العتق و هو ظاهر، و الله العالم.

### الثامنه [فی اقتضاء إطلاق الوصیه التسویه] :

قد صرح الأصحاب بأن إطلاق الوصیه یقتضی التسویه،فإذا أوصی لأولاده أو لإخوانه و أخواته و أخواله و خالاته و أعمامه و عماته،فان الجمیع أسوه فی الوصیه،و لا خلاف فی ذلک إلا فی صوره الوصیه لأعمامه و أخواله.

و علل الأول بأن نسبه الوصیه إلیهم علی السواء،و لیس فی کلام الموصی ما یدل علی التفضل،و حینئذ فلا فرق بین الذکر منهم و الأنثی،و لا الصغیر و لا الکبیر،و لا الأعمام و لا الأخوال،لما ذکرنا و اختلافهم فی استحقاق الإرث أمر خارج،بدلیل من خارج،فلا یقاس علیه،ما یقتضی التسویه بمجرده،إلا أن الخلاف هنا وقع فیما لو أوصی لأعمامه و أخواله،فإن الشیخ و جماعه ذهبوا الی

أن للأعمام الثلثين،و للأخوال الثلث،استنادا الى ما رواه

المشايخ الثلاثه بأسانيدهم و فيها الصحيح و الحسن و الموثق عن زراره (۱)

«عن أبی جعفر علیه السلام فی رجل أوصی بثلث ماله فی أعمامه و أخواله،فقال:لأعمامه الثلثان،و لأخواله الثلث».

و الی هذه الروایه أشار فی الشرائع بأنها مهجوره،قال:و لو أوصی الی أعمامه و أخواله کانوا سواء علی الأصح،و فیه روایه مهجوره،و حملت علی ما لو أوصی علی کتاب الله،و علی ذلک حملها غیره ایضا،و لا یخفی ما فیه من البعد.

و یؤید الخبر المذکور أیضا ما رواه

المشایخ الثلاثه(قدس الله أرواحهم) عن سهل (۲)عن أبی محمد علیه السلام فی حدیث قال:

«و کتبت الیه:رجل له ولد ذکور و إناث فأقر لهم بضیعه أنها لولده،و لم یذکر أنها بینهم علی سهام الله عز و جل و فرائضه،الذکر و الأنثی فیه سواء؟فوقع علیه ینفذون فیها وصیه أبیهم علی ما سمی،فان لم یکن سمی شیئا ردوها الی کتاب الله عز و جل ان شاء الله تعالی». و الظاهر أنه إلی هذه الروایه أشار فی المسالک بقوله،و فی روایه أخری ضعیفه،یقتضی قسمه الوصیه بین الأولاد الذکور و الإناث علی کتاب الله،و هی مع ضعفها لم یعمل بها أحد.

أقول:أشار بالضعف فیها الی کون الراوی لها سهل بن زیاد،و هو ضعیف.

و فیه أولا أن ضعفها بهذا الاصطلاح المحدث لا یقتضی ضعفها عند المتقدمین الذین لا أثر عندهم لهذا الاصطلاح،فلا ضیر فیه،و ان أراد عدم العمل به من المتقدمین،فان مقتضی ما حرر الصدوق فی صدر کتابه کونه عاملا بها،حیث نقلها و لم یتعرض للطعن فیها و لا ردها،و قد اشتهر بینهم نسبه المذاهب إلیه فی الفقیه بذلک،و ثالثا أنه لا یخفی علی المنصف أن الأحکام الشرعیه توقیفیه،لا مسرح للعقول فیها علی السماع و الورود من صاحب الشرع،و رد الأخبار بعد ورودها



---

۱- ۱) الکافی ج ۷ ص ۴۵ ح ۳،التهذیب ج ۹ ص ۲۱۴ ح ۸۴۵ الوسائل ج ۱۳ ص ۴۵۴ الباب ۶۲.

۲- ۲) الکافی ج ۷ ص ۴۵ ح ۱،التهذیب ج ۹ ص ۲۱۴ ح ۸۴۶ الوسائل ج ۱۳ ص ۴۵۵ ح ۲.

من غير معارض لها من الأخبار بل بمجرد هذه الاعتبارات العقليه و التعليلات التخريجيه لا يخلو من الجرأه على صاحب الشريعه.

نعم لو كـان هنـا نص يـدل الى مـا ادعوه من أن الإطلاق يقتضـى التسويه لتم ما ذكروه،و وجب التأويل فيما عارضه،و لكن ليس الأمر كذلك.

و بـالجمله،فـإنه يجب العمـل بما دلت عليه النصوص المـذكوره،و فيما خرج عن موضع النصوص اشـكال،و الأقرب أنه كـذلك أيضا،لأن الظاهر أن ذكر الأعمام و الأخوال فى الصـحيحه المتقـدمه إنما خرج مخرج التمثيل،و يؤيده أن ظاهر الثانيه كون ذلك قاعده كليه،و هو أنه ان سمى و عين التسويه أو التفصيل اتبع،و ان أطلق رد الى كتاب الله عز و جل،و لكن الألف بالمشهورات و لا سيما إذا زخرفت بالإجماعات ربما أوجب طرح الروايات كما فى هذا الموضع و غيره، و الله العالم.

**التاسعه [فى وصيه الإنسان لذوى قرابته و أهل بيته] :**

لو أوصى لذوى قرابته أو لأهل بيته أو عشيرته أو قومه أو جيرانه، فإنه يجب الرجوع فيه الى معانى هذه الألفاظ،و ما ينصرف إليه إطلاقها.

فنقول أما لفظه القرابه فقـد اختلف كلام أصـحابنا،بل الواحـد منهم فى تحقيق معناه المراد منه لعدم النص الوارد منه فى ذلك،و الأكثر منهم على الرجوع فيه الى العرف.

قـالوا:لأنـه المحكم فى مثـل ذلـك حيث لاـ نص،و مرجعه الى المعروفين بنسـبته عـاده،سواء فى ذلك الوارث و غيره،و قيل:لمن يتقرب إليه إلى آخر أب أو أم له فى الإسلام.

فقال الشيخ فى النهايه إذا أوصى لقرابته كان ذلك فى جميع ذوى نسبته الراجعين الى آخر أب أو أم فى الإسلام بالتسويه،و كذا قال الشيخ المفيد،إلا أنه قال:و لا يرجع على من يتعلق بمن نأى عنهم فى الجاهليه.

و قال فى الخلاف إذا أوصى بثلثه لقرابته فمن أصحابنا من قال:يدخل فيه

كل من تقرب إليه إلى آخر أب و أم فى الإسلام،و اختلف الناس فى القرابه.

فقال الشافعى:إذا أوصى بثلثه لقرابته و لأقربائه و لذى رحمه،فالحكم واحد، فإنه ينصرف الى المعروفين من أقاربه فى العرف،فيدخل فيه كل من يعرف فى العاده أنه من قرابته،سواء كان وارثا أو غير وارث،قال:و هذا قريب يقوى فى نفسى،و ليس لأصحابنا فيها نص عن الأئمه عليهم السلام.

و قال فى المبسوط:قال قوم:ان هذه الوصيه للمعروفين من أقاربه فى العرف فيدخل فيه كل من يعرف فى العاده أنه من قرابته،سواء كان وارثا أو غير وارث و هو الذى يقوى فى نفسى،و قال قوم:انه يدخل فيه كل ذى رحم محرم،و أما من ليس بمحرم له فإنه لا يدخل فيه،و ان كان له رحم مثل بنى الأعمام أو غيرهم،و قال قوم:انها للوارث من الأقارب،و أما من ليس بوارث فإنه لا يدخل فيه،و الأول أقوى،لأن العرف يشهد به،و ينبغى أن يصرف فى جميعهم،و فى أصحابنا من قال:انه يصرف ذلك الى آخر أب و أم له فى الإسلام،و لم أجد به نصا و لا عليه دليلا مستخرجا و لا به شاهدا.

و قال ابن الجنيد:و من جعل وصيه لقرابته و ذوى رحمه غير مسمين كان لمن تقرب اليه من جهه ولده أو والديه،و لا اختار أن يتجاوز بالتفرقه ولد الأب الرابع،لأن رسول الله(صلى الله عليه و آله و سلم)لم يتجاوز ذلك فى تفرقه سهم ذوى القربى من الخمس.

و ابن إدريس فى هذه المسئله اختار ما ذهب اليه الشيخ فى الخلاف و المبسوط و كذا ابن البراج،و هو المشهور فى كلام المتأخرين.

قال فى المختلف:و المعتمد قول الشيخ فى المبسوط و الخلاف،حملا للفظ على المعنى العرفى عند تجرده عن الوضع الشرعى،كما هو عاده الشرع فى ذلك و القول الذى اختاره فى النهايه قد اعترف فى المبسوط بأنه لم يجد عليه نصا و لا عليه دليلا و لا به شاهدا،و كفى به حجه على نفسه.

و المراد من هـذا القول الارتقـاء بـالقرابه بالأـدنى الى ما قبله،و هكـذا الى أبعـد جـد و جـده له فى الإسـلام،و فروعهما،و يحكم للجميع بالقرابه،و لا يرتقى إلى آباء الشرك و ان عرفوا بقرابته،و ربما استدل على التخصيص بالإسلام و الانقطاع بالكفر

بقوله(صلى الله عليه و آله و سلم) (۱)

«قطع الإسلام أرحام الجاهليه»،.

و قوله عز و جـل لنوح فى حق ابنه (۲)«إِنَّهُ لَيْسَ مِنْ أَهْلِكَ» و لا دلاله فى ذلك على مطلوب الشـيخ،لأن قطع الرحم للجاهليه لا يـدل على قطـع القرابه مطلقـا، مع أصـناف الكفـار،و كـذا قطع الأـهليه فى ابن نوح،و العرف و اللغه يشـهد ان بـأن من بعـد جـدا كالأجـداد البعيـده لاـ يـدخل فى القرابه،و ان كـان مسـلما،و من قرب جـدا دخـل و ان كـان كافرا إلا أن تـدل القرينه على اراده المسلم.

و لم أقف فى هذا المقام على شيء من الأخبار إلا على ما رواه

الشيخ فى الصحيح عن أحمد بن محمد بن أبى نصر (۳)قال:

«نسـخت من كتـاب بخـط أبى الحسن عليه السـلام رجـل أوصـى لقرابته بـألف درهم و له قرابه من قبل أبيه و أمه ما حـد القرابه يعطى من كان بينه و بينه قرابه؟أو لها حد ينتهى اليه رأيك فدتك نفسـى؟ فكتب عليه السـلام:ان لم يسم أعطاها قرابته»،. و هذا الجواب و ان كـان لاـ يخلو من نوع إجمـال،إلا أن الظاهر أن المعنى فيه أنه لم يسم شـخصا بعينه و لا صـنفا بعينه، فإنه يعطى من شملته القرابه عرفا،و فيه تأييد للمعنى المشهور حينئذ.

و أمـا مـا ذهـب اليـه ابـن الجنيـد فقيـل عليـه ان مـا ذكره مـن عـدم تجـاوز الرابـع غير لاـزم،و فعـل النبى(صـلى الله عليه و آله و سلـم)بـالخمس ذلـك،لاـ يـدل على نفى القرابـه مطلقـا عمـا عـداه ذلـك:فـان ذلـك معنى آخر للقربى،فلاـ يلزم ذلـك فى حق غيره،حيث يطلق.

و كيف كان فإنه يدخل فيه الذكر و الأنثى،و الفقير و الغنى،و الوارث

ص :۵۴۹

---

۱- ۱) مسالک الافهام ج ۱ ص ۴۰۹ و ما عثرنا على هذه الروايه بعد الفحص فى مظانه.

۲- ۲) سوره هود-الایه ۴۶.

۳- ۳) التهذيب ج ۹ ص ۲۱۵ ح ۷۴۸،الوسائل ج ۱۳ ص ۴۵۹ الباب ۶۸.

و غيره،و القريب و البعيـد،و لا فرق بين قوله أوصـيت لأقاربى أو قرابتى،أو لـذوى قرابتى أو لذوى رحمى،لأن مرجع الجميع الى معنى واحد.

و أما أهل بيته فقد قال المحقق فى الشرائع:لو قال لأهل بيته دخل فيه الآباء و الأولاد و الأجداد.

قـال شـيخنا فى المسالـك بعـد ذكر ذلك:لا إشـكال فى دخول من ذكر،لاتفاق أهل التفاسـير على ذلك،انما الكلام فى دخول غيرهم،فان الاقتصار على ما ذكر يقتضـى كون على عليه السـلام ليس من أهل البيت لخروجه عن الأصـناف الثلاثه مع أنه داخل إجماعا.

و قال العلامه:يـدخل فيهم الآباء و الأجـداد و الأعمام و الأخوال و أولادهم و أولاد الأولاد الـذكر و الأنثى،ثم قال:و بالجمله كل من يعرف بقرابته،و هـذا يقتضـى كون أهـل بيته بمنزله قرابته،و حكى عن تغلب أنه قـال:أهـل الـبيت عنـد العرب آبـاء الرجـل و أولاـدهم،كالأجـداد و الأعمـام و أولاـدهم،و يسـتوى فيه الـذكور و الإنـاث،و ما اختاره العلامه من مساواه أهل البيت للقرابه،هو الظاهر فى الاستعمال،يقال:الفلانيون أهل بيت فى النسب،معروفون،و عليه جرى

قوله(صلى الله عليه و آله و سلم) (۱)

«إنـا أهـل بيت لاـ تحـل لنـا الصـدقه»،. و الأـقوى الرجوع الى عرف بلـد الموصـى،و مع انتفـائه يـدخل كل قريب:و أما أهل بيت النبى(صـلى الله عليه و آله و سـلم)فإنهم أخص من ذلك بالروايه الوارده عنه (صـلى الله عليه و آله و سـلم)فى حصـرهم فى أهل الكساء،انتهى كلامه،زيد مقامه و علت فى الخلد أقدامه.

أقول:قـال الفقيه محمـد بن طلحه الشـافعى فى كتـاب مطـالب السؤال فى منـاقب آل الرسول فى بيـان معـانى الآل و أهل البيت و العتره ما صورته:و أما اللفظه الثانيه و هى أهل البيت فقد قيل:هم من ناسبه الى جده الأدنى،و قيل:



---

۱- ۱) الوسائل ج ۶ ص ۱۸۷ الباب ۲۹ ح ۶.

من اجتمع معه فی رحم،و قیل:من اتصل به بسبب أو نسب،و هذه کلها موجوده فیهم علیهم السلام،فإنهم یرجعون الی جده عبد المطلب بنسبهم،و یجتمعون معه فی رحم و یتصلون به بسببهم و نسبهم،فهم أهل بیته حقیقه،ثم

روی حدیثا من صحیح مسلم (۱)عن زید بن أرقم،و فیه:

فقال له حصین:من أهل بیته یا زید؟نسائه أهل بیته؟قال:أهل بیته من حرمت علیه الصدقه بعده.

أقول:و المعنی الثانی و الثالث مما ذکره ابن طلحه قریب من معنی القرابه المشهور،و یؤیده ما ذکره فی کتاب المصباح المنیر قال:و أهل الرجل یأهل و یأهل أهولا إذا تزوج،و تأهل کذلک،و یطلق الأهل علی الزوجه،و الأهل أهل البیت و الأصل فیه القرابه،و قد أطلق علی الاتباع،انتهی،و هو ظاهر فی أن الأصل إطلاق أهل البیت علی قرابه الرجل،و قد أطلق علی أتباعه،و ان لم یکن من قرابته،و بالجمله فما نقل عن العلامه لا یخلو من قرب.

و کیف کان فالظاهر أن معانی هذه الألفاظ أعنی أهل البیت و الآل و العتره و نحوها بالنسبه إلی إطلاقها علی أهل بیته(صلی الله علیه و آله و سلم)و عترته أخص مما هو المشهور من معانیها عرفا أو لغه،و لتحقیق ذلک مقام آخر،و أما معانی باقی الألفاظ المتقدمه فقد تقدم تحقیق الکلام فیها فی کتاب الوقف،و هذان اللفظان حیث لم یتقدم لهما ذکر تعرضنا للکلام فیهما،و الله العالم.

### العاشره [فی صحه الوصیه للحمل الموجود و إن لم تحله الحیاه] :

الظاهر أنه لا خلاف فی أنه تصح الوصیه للحمل الموجود حین الوصیه،و ان لم تحله الحیاه،لکن یکون ذلک مراعی بوضعه حیا،فتصح بمجرد وجوده و ان کان استقرارها مشروطا بوضعه حیا،فلو وضعته میتا بطلت الوصیه،و ان کان حال الوصیه حیا فی بطن أمه،کما أنها تصح بوضعه حیا و ان لم یکن حال الوصیه حیا و لم تلجه الروح،و معنی استقرارها تحقق صحتها من حین موت الموصی،و مع وضعه میتا یتبین البطلان من ذلک الوقت،و حینئذ



---

۱- ۱) مسند أحمد ج ۴ ص ۳۶۷.

فالنماء المتخلل بين الولاده و موت الموصـى يتبع العين،و لم أقف فى هذا المقام على نص،غير أن ظاهر الأصـحاب الاتفاق على ما ذكرناه،فإنه لم ينقل هنا خلاف فى شىء من هذه الأحكام.

و إذا اسـتقرت الوصـيه بولاـدته حيـا لاـ يقـدح فيهـا موته بعـد ذلك،بل ينتقل الى ورثته،و هو ظاهر،إلا أن ظاهر كلامهم اشتراط القبول من الوارث،بل صرح فى المسالك أيضا باشتراط القبول فى الحمل،فأوجب القبول على وليه،قال فى الكتاب المذكور بعد أن ذكر أن الوصـيه تنتقـل الى الوارث لو مـات بعـد ولاـدته حيـا مـا صورته:لكن يعتبر هنـا قبول الوارث لإمكـانه فى حقه،و انما أسـقطنا اعتبـاره عن الحمـل لتعـذره كمـا سـقط اعتبـاره فى الوصـيه للجهـات العامه،و وجه سـقوطه عن الوارث تلقيه الملك عن المولود المالك لها بدون القبول،ثم قال:

و المتجه اعتبـار القبول فى الوصـيه للحمل مطلقا،فيقبل وليه ابتـداء،و وارثه هنا و تظهر الفائـده فيما لو ردها قبل قبوله،فان اعتبرناه بطلت،و إلا فلا أثر للرد انتهى أقول:قد تقدم القول فى تحقيق اشتراط القبول فى الوصـيه لمعين و عدمه، و بينا أنه لا دليل على ما ذكروه من الاشتراط،بل ظواهر جمله من النصوص العـدم،تقدم ذلك فى المسـئله الثانيه من المقصد الأول فى الوصـيه (1)و كذا فى المسـئله الخامسه و السادسه من المقصد المذكور،و أشرنا أيضا الى أن ما ادعوه -و ان اشتهر بينهم-من أن الوصيه عقد تفتقر إلى الإيجاب و القبول مما لم يقم عليه دليل،كما تقدم ذكره فى المسئله الاولى من مسائل المقصد المشار اليه.

و بـالجمله فـإنه ليس فى هـذه المواضع مـا يمكن الاعتمـاد عليه من الأـدله الشـرعيه،سوى مجرد كلاـمهم و تعليلاتهم،و من أراد تحقيق الحـال يرجع الى المسائل المـذكوره،ثم ان فى حكمه أولا بأن الحمل من قبيل الجهات العامه، فلا تتوقف الوصـيه له على القبول،ثم رجوعه عن ذلك فى الحمل فحكمه بأنه



---

1- 1) ص 387.

يقبل وليه،لقائل أن يقول:أنه كما أن للحمل ولى،فكذا الجهات العامه لها ولى و هو الحاكم،فلم جوزت الوصيه لها من غير اشتراط القبول؟و لم لا ـ توجب أن يقبل لها الحاكم،لأنه وليها،و الفرق بين مسئلتى الحمل و الجهات العامه مع وجود الولى لكل منهما غير ظاهر،كما لا يخفى،و بالجمله فإن البناء إذا كان على غير أساس حصل فيه الانعكاس،و ذكر فيه الالتباس.

بقى هنا شىء و هو أن القبول المشترط هنا هل يشترط فيه القبول اللفظى أو يكفى فيه القبول الفعلى،و الرضاء بذلك؟صرح العلامه فى المختلف فى هذه المسئله بالثانى،و هو جيد،و قد تقدمت الإشاره إليه فى المسائل المتقدم ذكرها أيضا، و الله العالم.

**الحاديه عشر [فى انتقال الوصيه إلى ورثه الموصى له إن مات قبل الوصى] :**

المشهور أن الموصى له إذا مات قبل الموصى و لم يرجع الموصى عن وصيته فإن الوصيه تنتقل إلى ورثه الموصى له،قال شيخنا المفيد (عطر الله مرقده)إذا أوصى الإنسان لغيره بشىء من ماله فمات الموصى له قبل الموصى بذلك كان ما أوصى به راجعا الى ورثته،فان لم يكن له ورثه رجع الى مال الموصى،الى أن قال:و لصاحب الوصيه إذا مات الموصى له قبله أن يرجع فيما أوصى له به،فان لم يرجع فهو لخلف الموصى له،و رواه ابن بابويه فى كتابه و هو مذهب مشهور للأصحاب،انتهى.

و قال ابن الجنيد:و لو كانت الوصيه لأقوام بعينهم مذكورين مشار إليهم كالذى يقول لولد فلان،و هؤلاء،فإن ولد فلان غيرهم لم يدخل فى الوصيه،و لو مات أحدهم قبل موت الموصى بطل سهمه.

قال العلامه فى المختلف بعد نقل كلام ابن الجنيد:و لا بأس بهذا القول عندى،لأن الوصيه عقد يفتقر إلى إيجاب و قبول،و قد بينا أن القبول المعتد به هو الذى يقع بعد الوفاه،فصار الموت حينئذ لا عبره به،انتهى.

ص: ۵۵۳

و تـدل على المشـهور و هو المؤيـد المنصور صـحيحه محمد بن قيس (۱)و قد تقدمت فى المسـئله الخامسه من مسائل المقصـد الأول،و تقـدم أيضـا ذكر مـا اسـتند اليه العلامه فى القول بالبطلان هنا و هو صـحيحه أبى بصـير و محمـد بن مسـلم (۲)و موثقه منصور بن حازم (۳)،و قد حققنا الكلام فى المقام ثمه بما لا مزيد عليه.

و الفرق بين مـا ذكرنـا فى المسـئله السـابعه و مـا ذكر هنا أن مطرح البحث فى المسـئله السابعه هو أن الوارث هل يرث القبول لو مات الموصـى له قبل الموصـى و لم يقبل أم لا؟و ليس فيها تعرض لملك الموصى به و عدمه،إلا أنا قد أوضحنا بالأدله الشرعيه فى أثنـاء البحث،أنه يملكه الموصى له،و يملكه وارثه بعـده و الغرض من هـذه المسـئله هنـا بيـان أن الموصـى به ينتقـل بمـوت الموصـى له الى وارثه ان لم يرجع الموصـى عن الوصيه أم لا،سواء كان مورثه قد قبل الوصيه قبل موت الموصى أم لا،فلو فرض أنه قبـل الوصـيه فى حياه الموصـى ثم مات فى حياته و اكتفينا بالقبول الواقع فى حياه الموصـى لم يفتقر وارثه الى القبول،و لكن يبقى الخلاـف فى بطلاـن الوصـيه و عـدمه،و هو المقصود بـالبحث هنا،و ان لم يكن قـد قبل،انتقل الى الوارث حق القبول،و معه يملك الموصـى به على الخلاف،و هو المقصود بالـذكر هنا،و قـد حققنا فى المسائل المتقـدمه المشار إليها ضـعف جميع ما بنوا عليه،و فرعوا عليه من القول بـأن الوصـيه عقـد يتوقف على الإيجـاب و القبول و أنه لا دليل على القبول بوجه،بل الروايات ظاهره فى خلاـفه،و ان الحكـم فى هـذه المسـئله المـذكوره هنـا،هـو أنـه بمـوت الموصـى لـه تنتقـل الوصـيه إلى الـوارث مـا لـم يرجع الموصـى،سواء كان الموت فى حياه الموصـى أم بعـد موته،و أن ما اسـتند اليه العلامه،و قبله ابن الجنيد(رحمه الله عليه)من القول بالبطلان، ليس فى الأدله ما يدل عليه صريحا،و الروايتان المذكورتان فيهما من الإجمال

ص: ۵۵۴

---

۱- ۱) الكافى ج ۷ ص ۱۳ ح ۱،التهذيب ج ۹ ص ۲۳۰ ح ۹۰۳.الوسائل ج ۱۳ ص ۴۰۹ ح ۱.

۲- ۲) التهذيب ج ۹ ص ۲۳۱ ح ۹۰۶.الوسائل ج ۱۳ ص ۴۱۰ ح ۴.

۳- ۳) التهذيب ج ۹ ص ۲۳۱ ح ۹۰۷.الوسائل ج ۱۳ ص ۴۱۰ ح ۵.

ما يمنع من الاستناد إليهما فى الاستدلال،فلا تنهضان قوه فى معارضه صحيحه محمد بن قيس،و نحوها مما دل على ما دلت عليه من الأخبار الصريحه فى المطلوب.

و بالجمله فإن قوه القول المشهور فى الظهور كالنور على الطور لا يعتريها قصور و لا فتور،كما لا يخفى على من نظر بعين التأمل و التدقيق فيما قدمناه فى المسائل المشار إليها من التحقيق الرشيق.

بقى الكلام فيما لو لم يخلف الموصى له أحدا فإن الظاهر من كلام الأصحاب من غير خلاف يعرف أنه يرجع الى ورثه الموصى،و بذلك صرح شيخنا المفيد (رحمه الله)فيما تقدم من نقل عبارته،و قال المحقق فى الشرائع:و لو لم يخلف الموصى له أحدا رجعت الى ورثه الموصى.

قال فى المسالك:هذا تتمه الحكم السابق:و حاصله ان الموصى له إذا مات فى حياه الموصى و لم يخلف وارثا رجعت الوصيه إلى ورثه الموصى،بمعنى بطلانها حينئذ،و هذا الحكم شامل بإطلاقه لما لو كان موت الموصى له قبل قبوله و بعده و الحكم فى الأول واضح،لأنه بموته قبل القبول و عدم قيام أحد مقامه فى القبول تبطل الوصيه،و يرجع الى ورثه الموصى،و يحتمل على هذا أن ينتقل حق القبول الى وارثه العام،و هو الإمام،لأنه وارث فى الجمله،فيرث حق القبول كما يرثه وارثه الخاص،لقيامه مقامه فى إرث جميع ما يورث عنه، و يتولاه نائبه العام،و هو الحاكم الشرعى مع غيبته،إلا أن هذا الاحتمال لم يذكروه مع توجهه،و أما الحكم الثانى و هو ما إذا كان موته بعد القبول حيث اعتبرنا القبول المتقدم على الوفاه،فيشكل القول ببطلان الوصيه حينئذ،لتمام سبب الملك بالإيجاب و القبول،و توقفه على الشرط و هو الموت لا يوجب بطلانه، و من ثم انتقل الى الوارث لو كان،فكما أنه لحصول الشرط يتم الملك للوارث فينبغى أن يتم هنا أيضا.

و يمكن الجواب بأن الملك لما كان مشروطا بالموت لا يحصل بدونه كما هو ظاهر،و حينئذ فلا بد من مستحق صالح للتملك لينتقل اليه الملك،فان مجرد السبب و ان كان تاما لم يوجب نقل الملك قبل حصول الشرط،و حينئذ فإن كان للموصى له وارث انتقل حق الوصيه اليه،و حكم بملكه،لأن له أهليه الملك و ان لم يقبل بناء على القبول السابق،و ان لم يكن له وارث لم يجد الملك محلا قابلا له لينتقل إليه،إذ ليس هناك إلا الموصى له،و قد فاتت أهليته للملك بموته أو وارثه و الغرض عدمه.

نعم يتمشى على الاحتمال السابق هنا بطريق الأولى،أن ينتقل الى الامام لتمام سبب الملك و حصول الشرط للملك،و الامام وارث للموصى له كالخاص، فينتقل الملك اليه،و ان لم نقل بانتقال حق القبول إليه،لأن الحق هنا أقوى، انتهى كلامه زيد مقامه.

أقول قد عرفت مما حققناه فى المسائل المشار إليها آنفا أنه لا دليل على هذا القول الذى يكررون ذكره،و يفرعون عليه ما يذكرونه من الفروع،و ان غايه ما يستفاد من الأخبار المتكثره فى باب الوصيه هو أنه متى أوصى أحد لأحد بشىء فإنه يصح،و يكون لزومه مراعى بموت الموصى قبل الرجوع فيه،فمتى مات الموصى كذلك وجب على الوصى أو الورثه إنفاذ الوصيه،هذا غايه ما يفهم من الأخبار،و هم انما رتبوا ذلك و استندوا فيما ذكروه الى كون الوصيه عقدا يشترط فيه الإيجاب و القبول،مع أنهم لم يوردوا على ذلك دليلا إلا مجرد ظاهر اتفاقهم إن تم،و حينئذ فيأتى على ما ذكرناه أنه متى أوصى الى أحد بشىء و مات الموصى له فى حياه الموصى،فإن كان له وارث فالأشهر الأظهر كما عرفت أنه تنتقل الوصيه إلى الوارث،و يكون لزومها مراعى بموت الموصى،فان مات و لم يرجع وجب إنفاذها.

و أما إذا مات الموصى له و ليس له وارث و مات الموصى و الحال هذه من غير أن يرجع فى الوصيه فظاهرهم كما عرفت أنه تبطل الوصيه،لما ذكره هنا فى

المسالک من التعلیلات المذکوره،و زاد احتمال رجوع الوصیه الی الامام علیه السلام و مرجع ما ذکرناه الی ما ذکروه من الحکم الثانی.

و أما الإشکال الذی أورده علیه فقد عرفت الجواب عنه بما ذکره،و هو الحق فی المقام،و الأصحاب قد ذکروا هنا فی صوره البطلان أنه تنتقل الوصیه إلی ورثه الوصی،و حق الکلام أن یقال الی الموصی،لأن المفروض أن الموصی له مات فی حیاه الموصی،و الحال أنه لا وارث له وقت موته،و مقتضی الحکم ببطلان الوصیه فی تلک الحال،هو الانتقال الی الموصی،لأن ذلک مفروض فی حیاته و هو ظاهر هذا.

و لو کان موت الموصی له إنما وقع بعد موت الموصی،و الحال أنه لیس له وارث،فیحتمل ما ذکره ابن إدریس من البطلان فی صوره ما لو تعذر صرف الوصیه فی الوجه الموصی به،و قد عرفت ضعفه،و یحتمل أن تکون الوصیه للإمام علیه السلام لأنه الوارث لمن لا وارث له،و الموصی له قد ملکها و استقر ملکه علیها بالوصیه و موت الموصی،و یحتمل و هو الأقرب الصدقه به عنه،لما تقدم فی المسائل السابقه من

صحیحه العباس بن عامر (1)قال:

«سألته عن رجل أوصی له بوصیه فمات قبل أن یقبضها،و لم یترک عقبا،قال اطلب له وارثا أو مولی فادفعها الیه،قلت:فان لم أعلم له ولیا،قال:اجهد علی أن تقدر له علی ولی فان لم تجده و علم الله منک الجهد فتصدق بها».

و من هذه الروایه یعلم بعد ما احتمله فی صوره البطلان من الصحه بحمل الوارث علی الامام بقوله نعم یتمشی علی الاحتمال السابق الی آخره،فان المتبادر من إطلاق الوارث انما هو الوارث الخاص،فما ذکره من احتمال الإمام فی کلا الموضعین بعید جدا،و لهذا لم یذکره غیره من الأصحاب کما اعترف به،و الوجه فیه ما ذکرناه،و الله العالم.



---

۱- ۱) التهذیب ج ۹ ص ۲۳۱ ح ۹۰۵،الوسائل ج ۱۳ ص ۴۰۹ ح ۲.

### الثانیه عشر [الوصایه للأقرب] :

قـالوا:لو أوصـی للأقرب نزل علی مراتب الإرث من حیث المرتبه لا ـ من حیث الاستحقاق،فإن الوصیه یتساوی فیها الذکر و الأنثی،و المتقرب بالأبوین،و المتقرب بالأم،و ان کانوا اخوه،و المراد من تنزیله علی المراتب مراعاه المرتبه الأولی من مراتب الإرث،و تقدیمها علی الثانیه،و کذا الثانیه علی الثالثه،و حینئذ فلا یعطی الأبعد فی المرتبه مع وجود الأقرب و مقتضی ذلک تقدیم العم من الأب علی ابن العم من الأبوین،و ان کان ابن العم مقدما فی الإرث لدلیل خارج،مع احتمال تقدیمه هنا أیضا،نظرا إلی الأقربیه بحسب الإرث،لکنه یخرج بقید المنع من إعطاء الأبعد مع وجود الأقرب،هذا ملخص ما ذکروه فی ذلک،و الله العالم.

## المقصد السادس فی الوصایه:

### اشاره

بکسر الواو و فتحها و هی الولایه علی إخراج حق أو استیفائه أو علی طفل و مجنون یملک الموصی الولایه علیه أصاله کالأب و الجد له،أو بالعرض کالوصی عن أحدهما المأذون له فی الإیصاء،و لو نهی لم یوص و مع الإطلاق خلاف یأتی ذکره أن شاء الله تعالی.

و البحث فی هذا المقصد یقع فی مسائل

### الأولی [اشتراط الکمال و العداله فی الوصی] :

یشترط فی الوصی الکمال بالبلوغ،و العقل فلا تصح إلی صبی بحیث یتصرف حال صباه مطلقا،و لو ضم الی کامل نفذ تصرف الکامل حتی یبلغ الصبی فیشترکان،و سیأتی ما فیه مزید تحقیق للمسئله ان شاء الله تعالی،و لا الی مجنون،و لو طرأ الجنون علی الوصی فقد صرحوا بأنه تبطل وصیته،و هل تعود بعود العقل؟جزم العلامه بالعدم،و تردد فی الدروس،و لو کان المجنون یعتوره أدوارا،قال فی الدروس:الأقرب الصحه، و تحمل علی أوقات الإفاقه،قال:و الفرق بینه و بین ما إذا طرأ الجنون انصراف الوصیه فی ابتدائها إلی أوقات الإفاقه،و انصرافها هناک الی دوام عقله،الذی لم

یدم،و هل یشترط فیه العداله؟المشهور ذلک،و هو مذهب الشیخ فی المبسوط، و الشیخ المفید فی المقنعه،و ابن حمزه و ابن البراج و سلار،و تبطل الوصیه إلی الفاسق،و قیل:بالعدم،و هو اختیار ابن إدریس بعد الاضطراب فی کلامه،و الیه ذهب المحقق فی النافع،و العلامه فی المختلف.

احتج الأولون بوجوه منها-أن الوصیه استیمان علی مال الأطفال،و من یجری مجریهم من الفقراء و الجهات التی لا یراعیها المالک،و الفاسق لیس أهلا للاستئمان علی هذا الوجه،و ان کان أهلا للوکاله،لوجوب التثبت عند خبره، و منها أن الوصیه تتضمن الرکون باعتبار فعل ما أوصی الیه به،من تفرقه المال و إنفاقه و صرفه فی الوجوه الشرعیه،و الفاسق ظالم لا یجوز الرکون الیه، لقوله تعالی (۱)«وَ لاٰ تَرْکَنُوا إِلَی الَّذِینَ ظَلَمُوا فَتَمَسَّکُمُ النّٰارُ» .

و منها-أن الوصیه استنابه علی مال الغیر لا علی مال الموصی،لانتقاله عنه بعد موته،و ولایه الوصی إنما تثبت بعد الموت فیشترط فی النائب العداله، کوکیل الوکیل،بل أولی لأن تقصیر وکیل الوکیل مجبور بنظر الوکیل و الموکل،و ذلک من أکبر البواعث علی تحرز وکیل الوکیل من تجاوز الحد، بخلاف الوصی فإن ولایته بعد موت الموصی علی الجهات التی أشرنا إلیها،و هی مما لا یشارفه فیها أحد غالبا.

احتج العلامه فی المختلف علی ما تقدم نقله عنه من عدم اشتراط العداله، قال:لأنها نیابه فتتبع اختیار المنوب کالوکاله.

و استند ابن إدریس إلی الإجماع علی جواز إیداع الفاسق،قال:و هی أمانه فکذا الوصیه،و أورد علیه بظهور الفرق بین الوکاله و الوصیه بما تقدم من مراعاه الموکل حال الوکیل فی کل وقت مختار،و بأنه فی الوکاله تسلط علی مال نفسه،و فی الوصیه علی مال غیره،و لهذا اشترطت العداله فی وکیل الوکیل.



---

۱- ۱) سوره هود-الایه ۱۱۳.

أقول:و التحقيق أن يقال ان الناس بالنسبه إلى العداله و عدمها على أقسام ثلاثه:أحدها-العادل،و هو من عرف بالقيام بالواجب و اجتناب المحرمات، و ثانيها-الفاسق،و هو من أخل بشيء من الواجبات أو ارتكب المحرمات، و ثالثها-مجهول،و هو من لا يعرف بشيء من الأمرين،و الدليلان الأولان- من أدله القول الأول-غايه ما يدلان عليه نفى الفاسق،دون المجهول الحال، و حينئذ فيجوز وصايه المجهول الحال و لا تلزم العداله.

و أما الدليل الثالث فإن أريد بالعداله المشترطه فى وكيل الوكيل ظهور العداله فيه بالمعنى المتقدم،فالاستدلال به مصادره،لأنه عين المتنازع،و ان أريد عدم ظهور الفسق سلمناه،و لكنه لا يفيد الاشتراط المدعى.

و بالجمله فإن المسئله عاريه من النص و الاحتياط فيه مطلوب،و ظواهر جمله من النصوص بالنسبه الى من مات و له أموال،و ورثه صغار،و لا وصى له،اشتراط عداله المتولى لذلك،و هو و ان كان خارجا عما نحن فيه،إلا أن فيه إشعارا بأن المتولى لأمر الوصايه ينبغى أن يكون عدلا مؤتمنا،و لا فرق بين الأمرين،إلا كون الأول منصوبا من قبل الشرع،و هذا منصوب من قبل الموصى،و إلا فهو بالنسبه الى ما يتصرف فيه واحد،و حينئذ فكما تراعى العداله فيه من حيث ان الناصب له الشرع،كذا تراعى من حيث ان الناصب الموصى،فلا ينصب لذلك إلا عدلا،و الفرق بينهما بأن الموصى له التسلط على ماله بدفعه الى من يشاء،و يسلط عليه من يختاره،لأن

«الناس مسلطون على أموالهم» (1). بخلاف الحاكم الشرعى المنوط تصرفه بالمصلحه دون ما فيه مفسده ضعيف،فإن الموصى بعد الموت و انتقال التركه و فيهم الصغير،و فيها الوصايا الى الجهات العامه و نحو ذلك من التصرفات التى تحتاج الى الوثوق و الايتمان،لا تعلق له بذلك،فتصرفه فيما ذكر إنما هو تصرف فى مال الغير،لا مال نفسه كما ذكره،و مما ذكرناه يعلم أنه لا ريب فى



---

۱- ۱) البحار ج ۲ ص ۲۷۲ ح ۷.

اشتراط عدم ظهور فسقه.

و أما اشتراط ظهور عدالته فقد عرفت أن الاحتياط-حيث ان المسئله غير منصوصه-يقتضيه.

بقی هنا شیء و هو أنه علی تقدیر اشتراطها ابتداء هل یشترط استدامتها بمعنی أنه لو نصب عدلا ثم ظهر فسقه بطلت وصایته أم لا؟المشهور الأول،و کذا علی القول بعدم اشتراطها لو أوصی الی العدل،ثم ظهر فسقه بعد موت الموصی، فإن المشهور بطلان وصایته،و وجوب عزله،و الوجه فی ذلک،أما علی اشتراطها ابتداء فظاهر،لفوات الشرط،و أما علی عدم الاشتراط فلان الظاهر أن الباعث له علی اختیار العدل-مع جواز الوصیه إلی غیره،کما هو مقتضی القول المذکور- إنما هو عدالته،و الوثوق بأمانته،فإذا خرج عن حد العداله فات الباعث،و خرج عن الاستیمان،إذ الظاهر أنه لو کان حیا لاستبدل به،کذا احتج به فی المختلف، و ذهب ابن إدریس إلی صحه الوصیه،و عدم بطلانها بذلک،قال-بعد أن نقل عن الشیخ فی المبسوط أنه لو تغیرت حاله الوصی لفسق أخرجت الوصیه من یده،لأن الفاسق لا یکون أمینا-ما لفظه:هذا الکتاب معظمه فروع المخالفین،فی کلام الشافعی و تخریجاته،و لم یورد أصحابنا فی ذلک شیئا،لا روایه و لا تصنیفا،و الأصل صحه الوصیه الیه،و الاعتماد علیه مع قوله تعالی (۱)«فَمَنْ بَدَّلَهُ بَعْدَ مٰا سَمِعَهُ فَإِنَّمٰا إِثْمُهُ عَلَی الَّذِینَ یُبَدِّلُونَهُ» و عزله عن الوصیه و إخراجه منها تبدیل و تغییر بلا خلاف.

أقول:لا ریب أن الشیخ هنا انما حکم بالبطلان،بناء علی مذهبه فی المسئله من اشتراط العداله ابتداء کما هو المشهور،و هو من القائلین بذلک،کما تقدم نقله عنه فی المبسوط،و حینئذ فرد ابن إدریس و حکمه بالصحه یعطی مخالفته فی هذه الصوره أیضا،و أما فی صوره ما اختاره ابن إدریس من عدم اشتراط العداله ابتداء فهو بطریق أولی.



---

۱- ۱) سوره البقره-الایه ۱۸۱.

و التحقیق أن یقال:إنا شرطنا العداله کما هو المشهور،فان الظاهر هو البطلان لو ظهر الفسق،لأن اشتراطها ابتداء یقتضی الاستدامه،لما عرفت من أن الغرض من شرط العداله هو الوثوق و الاطمئنان بعدم المخالفه فی شیء من الأمور الموصی بها،و الإتیان بها علی الوجه المأمور به،و ذلک یقتضی الاستدامه فی جمیع تصرفاته.

و خلاف ابن إدریس علی هذا التقدیر ضعیف،مع أنه قد صرح فی کتاب الوصایا علی ما نقله عنه فی المختلف بأنه لو مات الوصی أو فسق،أقام الحاکم مقامه من یراه،و ما استند الیه من النهی عن التبدیل لیس علی عمومه،بل یجب تقییده بما إذا لم یخالف المشروع فلو خالف جاز تبدیله،و متی لم یشترط العداله ابتداء کما هو القول الآخر فان القول بعدم البطلان کما ذهب الیه ابن إدریس غیر بعید،و ما ذکره العلامه(رحمه الله علیه)فی تعلیل البطلان من أن الظاهر أن الباعث له علی اختیار العدل انما هو عدالته جید،لو علم أن الباعث له علی جعله وصیا هو عدالته،و إلا فمجرد احتمال ذلک لا یکفی فی الحکم بالبطلان، إذ من الجائز و القریب کون الباعث علی نصبه أمرا آخر،من صحبته أو قرابته، أو نحو ذلک،و جاز أن یکون العداله مزیده فی الباعث،لا سببا تاما،فلا یقدح فواتها،و من ثم ان المحقق فی الشرائع لم یجزم هنا بالبطلان،بل قال:أمکن القول بالبطلان.

و بالجمله فإن ما ذهب الیه ابن إدریس من الصحه علی القول المذکور جید،إلا مع تحقق العلم بأن الباعث علی نصب العدل هو العداله،و الله العالم.

### الثانیه [فی بیان مواضع اشتراط الحریه و الإسلام فی الوصی] :

#### اشاره

قد صرحوا بأن من جمله الشروط أیضا فی الوصیه الحریه،فلا تصح وصایه المملوک،لاستلزامها التصرف فی مال الغیر،لأن الوصایه یستدعی نظرا فی الموصی به و سعیا فی تنفیذه،و هو موجب للتصرف فی ملک الغیر،فلا یصح إلا بإذن المولی،فتصح لزوال المانع،و لا یخفی أن هذا انما یتم فیما إذا

أوصى الى مملوك غيره.

و أما مملوك نفسه من قن أو مدبر أو مكاتب أو أم ولد فنقل فى الدروس عن الشيخ عدم الصحه،و عن الشيخ المفيد و سلار أنهما جوزا الوصيه إلى المدبر و المكاتب مطلقا،و ظاهر المختلف أن محل الخلاف أعم من مملوك نفسه،و لم يحضرنى الآن ما يمكن تحقيق الحال منه،إذا عرفت ذلك فاعلم أنه متى أذن له المولى فى قبول الوصايه لم يكن له الرجوع من الأذن المذكور بعد موت الموصى، و ان كان فى حياته فله الرجوع بشرط إعلام الموصى،و الحكم هنا فى المولى كما فى الموصى الحر،باعتبار التفصيل فى الرجوع بين الموت و الحياه بشرط الاعلام و عدمه،فيصح الرجوع بشرط كون ذلك فى الحياه،و بشرط الاعلام،و يبطل فى ما عدا ذلك كما سيأتى تحقيقه ان شاء الله تعالى بعد ذكر المسئله،و المولى هنا فى حكم الوصى المذكور فى ذلك،و ان كان فعل ما تعلقت به الوصيه منوطا بالمملوك.

و من جمله الشروط عندهم أيضا الإسلام إذا كان الموصى مسلما،أو كافرا و الوصيه على أطفال المسلمين،فلا تصح الوصيه إلى كافر و ان كان رحما،لأنه ليس من أهل الولايه على المسلمين،و لا من أهل الأمانه،إلا أن يوصى الكافر الى مثله ان لم يشترط العداله فى الوصى،و أما مع اشتراطها فهل يكفى عدالته فى دينه أم تبطل مطلقا؟وجهان:من أن الكفر أعظم من فسق المسلم،و من أن الغرض صيانه مال الطفل و أداء الأمانه،و هو يحصل بالعدل منهم،و اضطرب كلام شيخنا الشهيد الثانى(قدس سره)هنا،فرجح فى المسالك الحكم بالصحه،و فى الروضه المنع،قال فى المسالك:و يحتمل قويا الحكم بصحتها مطلقا مع عدالته فى دينه،لأن الغرض منها صيانه مال الطفل،و حفظ حاله و أداء الأمانه،و إذا كان الكافر فى دينه مجانبا للمحرمات،قائما بالأمانات حصل الغرض المطلوب بخلاف فاسق المسلمين،و قال فى الروضه:و الأقوى المنع بالنظر الى مذهبنا، و لو أريد صحتها عندهم و عدمه فلا غرض لنا فى ذلك،و لو ترافعوا إلينا فإن

رددناهم الی مذهبهم،و إلا فاللازم الحکم ببطلانها،بناء علی اشتراط العداله، إذ لا وثوق بعدالته فی دینه،و لا رکون إلی أفعاله لمخالفتها لکثیر من أحکام الإسلام،انتهی.

و أطلق الأکثر کالمحقق فی الشرائع و الشهید فی اللمعه و الدروس و العلامه فی جمله من کتبه و غیرهم جواز وصیه الکافر الی مثله،مع أن المشهور عندهم اشتراط العداله فی الوصی،و هو مؤذن بالقول بالاکتفاء بعداله الکافر فی دینه، و به یظهر رجحان ما قواه فی المسالک.

و من جملتها البلوغ،و قد تقدم الکلام فی أنه لا تجوز الوصیه إلی الصبی إلا أن یکون منضما الی بالغ،و أنه لا یتصرف الصغیر قبل البلوغ،فإذا بلغ صار شریکا،و للبالغ الاستقلال بالتصرف ما دام صغیرا،قیل:و فائده صحه الوصیه إلی الصغیر منضما مع عدم صحه تصرفه تأثیر نصبیه فی تلک الحال فی جواز تصرفه بعد البلوغ.

أقول:و یدل علی هذه الأحکام أعنی صحه وصایه الصغیر منضما الی البالغ و صحه تصرف البالغ وحده قبل بلوغ الصبی،و عدم جواز تصرف الصبی قبل البلوغ ما رواه

المشایخ الثلاثه(قدس الله أرواحهم)عن علی بن یقطین (۱)قال:

«سألت أبا الحسن علیه السلام عن رجل أوصی الی امرأه و أشرک فی الوصیه معها صبیا؟فقال:

یجوز ذلک و تمضی المرأه الوصیه و لا تنتظر بلوغ الصبی و إذا بلغ الصبی فلیس له أن لا یرضی إلا ما کان من تبدیل و تغییر فان له أن یرده الی ما أوصی به المیت».

و ما رواه

المشایخ المذکورون فی الصحیح عن محمد بن الحسن الصفار (۲)قال:

«کتبت الی أبی محمد علیه السلام:رجل أوصی الی ولده و فیهم کبار قد أدرکوا، و فیهم صغار أ یجوز للکبار أن ینفذوا وصیته و یقضوا دینه لمن صح علی المیت



---

۱- ۱) الکافی ج ۷ ص ۴۶ ح ۱،التهذیب ج ۹ ص ۱۸۴ ح ۷۴۳،الفقیه ج ۴ ص ۱۵۵ ح ۱،الوسائل ج ۱۳ ص ۴۳۹ ح ۲.

۲- ۲) الکافی ج ۷ ص ۴۶ ح ۲،التهذیب ج ۹ ص ۱۸۵ ح ۷۴۴،الفقیه ج ۴ ص ۱۵۵ ح ۲،الوسائل ج ۱۳ ص ۴۳۸ ح ۱.

بشهود عدول قبل أن يدركوا الأوصياء الصغار؟فوقع عليه السلام نعم على الأكابر من الولدان أن يقضوا دين أبيهم و لا يحبسوه بذلك».

و ما ذكره

الرضا عليه السلام فی کتاب الفقه (۱)حيث

«قال عليه السلام:و إذا أوصى رجل الى امرأه و غلام غير مدرك،فجائز للمرأه أن تنفذ الوصيه،و لا تنتظر بلوغ الغلام،و ليس للغلام إذا أرادت هی و أدرك الغلام أن يرجع فی شیء مما أنفذته المرأه إلا ما كان من تغيير أو تبديل».

و روى الصدوق فی الفقيه عن علی بن الحكم عن زياد بن أبی الحلال (۲)قال:

«سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رسول الله(صلى الله عليه و آله و سلم)هل أوصى الى الحسن و الحسين مع أمير المؤمنين عليه السلام قال:نعم،قلت:و هما فی ذلك السن قال:

نعم،و لا يكون لغيرهما فی أقل من خمس سنين». و ظاهر هذا الخبر المنع من الوصيه إلى الصبی قبل بلوغ خمس سنين،و لم أطلع على قائل به،و الأخبار الداله على الجواز غير مطلقه،و ظاهر الأصحاب الفتوى بإطلاقها،و مقتضى الجمع بين تقييد الجميع إطلاقها بهذا الخبر،و يحتمل أن يكون المراد بالوصيه الى الحسن و الحسين بالنسبه الى ما يجرى عليهما بعده من امتثال ما أمرهما به من الصبر، و العمل بما وقع عليهما امتثالا لوصيته،(صلى الله عليه و آله و سلم).

بقی الكلام فی أنه لو مات الصغير أو بلغ فاسد العقل فالمشهور أن للبالغ الانفراد بالوصيه،و لا يداخله الحاكم،و علل بأن شركه الصبی مشروطه ببلوغه كاملا،و لم يحصل،فيبقى الاستقلال الثابت له أولا بالنص على حاله عملا بالاستصحاب،و مداخله الحاكم مشروطه بعدم وجود الوصی المستقل،و هو هنا موجود.

و قيل:باحتمال بطلان استقلاله بذلك،لأن الموصی إنما فوض اليه الاستقلال

ص: ۵۶۵

---

۱- ۱) المستدرک ج ۲ ص ۵۲۶.

۲- ۲) الفقيه ج ۴ ص ۱۷۶ ح ۶۱۹،الوسائل ج ۱۳ ص ۴۳۹ ح ۳.

الی حین بلوغ الصبی،فکأنه جعله مستقلا إلی مده مخصوصه لا مطلقا.

أقول:و الظاهر أنه من هنا نقل عن العلامه فی التذکره و الشهید فی الدروس التردد فی هذا الحکم،و فی المسالک رجح الأول،ثم قال:نعم لو بلغ رشیدا ثم مات بعده و لو بلحظه زال الاستقلال،لفقد شرطه.

### إلحاق [فی وقت اعتبار هذه الصفات]

ما ذکرنا من الصفات المشترطه فی الوصی و هی الکمال و الإسلام و الحریه و زاد بعضهم اهتداء الوصی إلی فعل ما أوصی فیه،و قد وقع الخلاف فی وقت اعتبارها علی أقوال ثلاثه،نقلها الشیخ فی المبسوط:

الأول-أنها تعتبر حال الوصیه،لأنها حاله القبول و الاستیمان و الرکون الیه،و مخاطبته بالعقد،و حاله الوفاه،لأنها حاله ثبوت التصرف له،و هذا القول اختیار الشیخ و ابن إدریس و ظاهر اختیار المحقق.

الثانی-اعتبار حاله الوفاه لأنها حاله ثبوت الولایه،و لا عبره بالتقدم لعدم نفوذ تصرفه حینئذ.

الثالث-اعتبارها فی جمیع الحالات من حین الوصیه إلی حین الوفاه،عملا بالاحتیاط،و هذه الأقوال کلها مشترکه فی اعتبار حال الوفاه،و قد نقلها الشهید فی شرح الإرشاد،و سیأتی ان شاء الله تعالی مزید تحقیق فی ذلک.

### الثالثه [فی حکم الوصایه إلی اثنین] :

#### اشاره

لو أوصی الی اثنین فلا یخلو إما أن یشترط اجتماعهما،و حینئذ فلا یجوز لأحدهما أن یتفرد عن صاحبه بشیء من التصرف،لأن الظاهر من شرط الاجتماع أنه لم یرض برأی أحدهما منفردا،و بالجمله فإن ولایتهما لم تثبت إلا علی هذا الوجه.

و إما أن یجوز لهما الانفراد،و لا ریب أن تصرف کل منهما منفردا جائز بمقتضی الوصیه،لأن کل واحد منهما وصی مستقل،و یجوز لهما حینئذ اقتسام

ص:۵۶۶

المال،و تصرف کل منهما فیما یخصه،و لکن لیست هذه القسمه حقیقه بل لکل منهما التصرف فی نصیب الآخر،لأن کلا منهما وصی فی المجموع و لهذا انه لا فرق فی القسمه بین کونها متساویه أو متفاوته،حیث لا تحصل بها ضرر.

و إما أن یطلق،و هذا هو محل الاشکال و البحث،فقیل-و هو مذهب الشیخ فی الاستبصار و المبسوط و قبله الصدوق فی الفقیه و غیرهما و علیه أکثر المتأخرین کالمحقق و العلامه و الشهید و غیرهم-:بأن الواجب الاجتماع،لأن المفهوم من الإطلاق اراده الاجتماع،لو حصل الاشتباه،فللقائل أن یقول ثبوت الولایه لهما مجتمعین معلوم و متفق علیه،و ثبوتها لکل واحد منفردا مشکوک فیه و مختلف فیه،فالواجب الأخذ بالیقین المؤید بالاتفاق علیه،و یرجع الی أصاله انتفائها عن کل واحد منفردا.

و قیل-و هو مذهب الشیخ فی النهایه-:بجواز الانفراد،و هذا الاختلاف نشأ من اختلاف إفهامهم فی روایات المسئله.

و منها ما رواه

فی الکافی فی الصحیح عن محمد بن یحیی (۱)قال:

«کتب محمد بن الحسن الصفار الی أبی محمد علیه السلام:رجل مات و أوصی الی رجلین أ یجوز لأحدهما أن ینفرد بنصف الترکه،و الآخر بالنصف،فوقع علیه السلام:لا ینبغی لهما أن یخالفا المیت،و أن یعملا علی حسب ما أمرهما ان شاء الله تعالی».

و ما رواه

فی الکافی و التهذیب عن برید بن معاویه (۲)قال:

«ان رجلا مات و أوصی إلی و إلی آخر أو الی رجلین فقال أحدهما لصاحبه:خذ نصف ما ترک، و أعطنی النصف مما ترک فأبی علیه الآخر،فسألوا أبا عبد الله علیه السلام عن ذلک فقال:

ذلک له». و هاتان الروایتان هما الدائرتان فی کلام الأصحاب و هما محل البحث و الاختلاف.



---

۱- ۱) الکافی ج ۷ ص ۴۶ ح ۱،التهذیب ج ۹ ص ۱۸۵ ح ۷۴۵، الفقیه ج ۴ ص ۱۵۱ ح ۵۲۳،الوسائل ج ۱۳ ص ۴۴۰ ح ۱.
۲- ۲) الکافی ج ۷ ص ۴۷ ح ۲،التهذیب ج ۹ ص ۱۸۵ ح ۷۴۶، الفقیه ج ۴ ص ۱۵۱ ح ۵۲۴،الوسائل ج ۱۳ ص ۴۴۰ ح ۳.

و قال علیه السلام فی کتاب الفقه الرضوی (۱)

و إذا أوصی رجل الی رجلین فلیس لهما أن ینفرد کل منهما بنصف الترکه،و علیهما إنفاذ الوصیه علی ما أوصی المیت،.

و بهذه العباره عبر الشیخ علی بن الحسین بن بابویه علی ما نقله عنه فی المختلف.

قال فی الفقیه بعد نقل حدیث الصفار،و هذا التوقیع عندی بخطه علیه السلام و علیه العمل،ثم قال بعد إیراد الخبر الثانی:لست أفتی بهذا الحدیث بل أفتی بما عندی بخط الحسن بن علی علیه السلام و لو صح الخبران جمیعا لکان الواجب الأخذ بقول الأخیر کما أمر به الصادق علیه السلام.

قال الشیخ فی التهذیب و نعم ما قال:رادا علی الصدوق ظن أنهما متنافیان، و لیس الأمر علی ما ظن،لأن قوله علیه السلام:ذلک له،یعنی«فی الحدیث الأخیر»أن له أن یأبی علیه و لا یجیبه الی ملتمسه.فلا تنافی.

أقول:و الصدوق(رحمه الله علیه)ظن رجوع الإشاره إلی صدر الخبر المتضمن لطلب أحدهما القسمه و أن الامام علیه السلام جوز ذلک له،و هو بعید جدا،بل الحق هو رجوع الإشاره إلی الامتناع من القسمه،فیکون موافقا للخبر الأول، فإنه ظاهر فی عدم جواز القسمه،و أن مقتضی الإطلاق بجعلهما و صفین هو الاجتماع.

و الظاهر أن الشیخ فی النهایه إنما قال:بجواز الانفراد،تعویلا علی روایه برید المذکوره،بحمل الإشاره فیها علی الرجوع،الی صدر الخبر،کما توهمه الصدوق(رحمه الله علیه)،و لکنه فی التهذیبین رده بما عرفت.

و بالجمله فالظاهر من الخبرین المذکورین هو ما ذکره الشیخ فی کتابی الأخبار و هو وجوب الاجتماع،و عدم جواز الانفراد،و أصرح منهما فی ذلک کلامه علیه السلام فی کتاب الفقه الرضوی.

و أما ما ذکره فی المسالک من عدم دلاله روایه الصفار علی وجوب الاجتماع، قال:لأن لفظ لا ینبغی ظاهر فی الکراهه لا الحظر،ففیها دلاله علی جواز الانفراد



---

۱- ۱) المستدرک ج ۲ ص ۵۲۶ الباب ۴۳ ح ۱.

على كراهه،و تبقى تلك مؤيده لها كما فهمه الشيخ فى فتوى النهايه،فإنه أجود مما فهمه فى التهذيب،مع أن المتأخرين كالعلامه فى المختلف و من بعده فهموا من الروايه المنع من الانفراد،و استحسنوا حمل الروايه الأخرى على ما ذكره الشيخ(رحمه الله عليه)،و ربما رجح الحمل بأن الإباء أقرب من القسمه،فعود اسم الإشاره إليه أولى،و فيه أن الإشاره بذلك الى بعيد فحمله على القسمه أنسب باللفظ،انتهى.

ففيه:أولا-أن ما ذكره من أن لفظ لا ينبغى ظاهر فى الكراهه ان أراد باعتبار العرف الجارى بين الناس الآن فهو كذلك،و لكن لا حجه فيه،و ان أراد باعتبار عرفهم عليهم السلام فهو ممنوع،فإن ورود لا ينبغى فى التحريم و ينبغى فى الوجوب أكثر كثير فى الأخبار،كما لا يخفى على من جاس خلال الديار،و قد حققنا فى غير موضع مما تقدم،سيما فى كتاب العبادات،ان هذا اللفظ من الألفاظ المتشابهه بحسب العرف الشرعى و الحمل على أحد معنييه يحتاج إلى القرينه،و القرينه هنا واضحه فى التحريم،و أن لا ينبغى بمعنى لا يجوز،لأن مرجع الكلام و محصله إلى النهى عن مخالفه الميت،و لا ريب أن المخالفه محرمه،لأنها متضمنه للتبديل المنهى عنه فى الآيه،و إذا ثبت أن المخالفه محرمه علم أن لفظ «لا ينبغى فى المقام»بمعنى لا يجوز،كما هو واضح،و يؤكده قوله ثانيا«و يعملا على حسب ما أمرهما»و فى الجميع إشاره الى أن القسمه و الانفراد المسئول عنه فى الخبر مخالفه للميت فيما أمر به،و أنهما متى فعلا ذلك لم يعملا على حسب ما أمرهما،و منه يعلم أن مقتضى الإطلاق هو الاجتماع كما ذكرنا سابقا.

و ثانيا-أن ما ذكروه فى ترجيح عود الإشاره إلى القسمه-من أن الإشاره فى الخبر وقعت بلفظ ذلك،و هى أنسب بالحمل على البعيد،فتكون الإشاره راجعه إلى القسمه-مردود،بأن الذى فى الروايه انما هو الإشاره بذاك التى هى للقريب،لا بذلك كما توهمه(قدس سره)فتكون الإشاره راجعه إلى الامتناع،

لأنه هو الأقرب،هـذا مع الجرى على مقتضـى هـذه المضايقات البعيده،و إلا فباب المجاز فى الكلام أوسع من أن يتطرق اليه هذا الإلـزام،سـيما مع ظهور الحكم من الأخبـار بمـا عرفت من التحقيق،و الى بعض مـا أوردنـاه عليه أولاـ تنبه أخيرا فعـدل الى القول بالتحريم.

و أما ما ذكره فى الوافى اعتراضا على الشيخ فى الاسـتبصار أنه لو لا تفسـير الحديث بما فسره لكانا متنافيين،و ليس الأمر على ما ظن،لان حديث الصفار ليس نصا على المنع من الانفراد،لجواز أن يكون معناه أنه ليس عليهما إلا إنفاذ وصاياه على ما أمرهما،و ان لا يخالفا فيها أمره تفردا أو اجتمعا،أو يكون معناه أنه ان نص على الاجتماع وجب الاجتماع،و ان جوز الانفراد جاز الانفراد، و بالجمله انما الواجب عليهما أن لا يخالفا،انتهى.

فلا يخفى ما فيه،و لولا أنه اعترف بعد هذا الكلام بما أشرنا إليه،فقال فى تتمه الكلام المذكور:إلا أن ما ذكره صاحب الاستبصار هو الأـحسن و الأـوفق و الأـصوب،انتهى،لأوضـحنا مـا فيه،و قـد تلخص ممـا ذكرناه وجوب الاجتماع فى صوره الإطلاق،كما هو الأشـهر الأـظهر،فشـرط الاجتمـاع لو وقع حينئـذ محمول على التأكيـد،و المراد بوجوب اجتماعهما فى الصورتين اتفاقهما،و أن لا يصدر شـىء من الأمور الموصى بها إلا عن اتفاق منهما على كونه مصلحه،و إذا توقف على عقد وقع من أحدهما بإذن الآخر،أو إذنا لثالث.

و تمام تحقيق البحث فى المقام يتوقف على بيان أمور

**الأول [فى تشاح الوصيين فى صوره وجوب الاجتماع] :**

إذا تشاح الوصـيان فى صوره وجوب الاجتماع عليهما من الإطلاق،بناء على الأشـهر الأظهر أو فى صوره اشتراط الموصـى بمعنى أنهما تمانعا،و أبى كل واحد على صاحبه ما يريده،فقد أطلق جمع منهم الشيخ فى المبسوط عدم جواز تصرف أحدهما، و الوجه فيه ظاهر،لأن الموصى لم يرض برأى أحدهما منفردا فيكون تصرفه حينئذ تصرفا بغير اذن،كتصرف الأجنبى.

و استثنى جماعه منهم المحقق ما تدعو الحاجه اليه،و لا يمكن تأخيره إلى وقت الاتفاق،من نفقه اليتيم و الرقيق و الدواب،و مثله شراء كفن الميت،و زاد بعضهم قضاء ديونه،و إنفاذ وصيه معينه،و قبول الهبه عن الصغير مع خوف فوات النفع.

و فصل العلامه فى القواعد،ففرق بين صوره الإطلاق فى الوصيه،و بين صوره النهى عن الانفراد،فاحتمل ضمان المنفرد فى الصوره الثانيه،و جوز ما لا بد منه فى الصوره الأولى،و حمل كلام الأصحاب على ذلك.

و أورد عليه بأن من الأصحاب من صرح بعدم الفرق بين الحالين،فلا يمكن حمل كلامه على ما ذكره من التفصيل،و بأن حاله الإطلاق ان حملت على اراده الاجتماع كما فهمه الأكثر فلا فرق بينهما و بين حاله النهى عن الانفراد إلا باعتبار التأكيد فى هذه دون تلك كما تقدمت الإشاره إليه،فلا وجه للفرق بالكليه حينئذ،و قيل:و يضمن المنفرد مطلقا،و هو الأوفق بالعله المتقدمه، و نقل عن أبى الصلاح أنه مع التشاح يرد الناظر فى المصالح الأمر الى من كان أعلم بالأمر و أقوى عليه،و يجعل الباقى تبعا له،و فيه ما عرفت من أن الموصى لم يوص برأى أحدهما منفردا،حيث أمر بالاجتماع إما بالتصريح به،أو لكونه مقتضى الإطلاق كما عرفت،فكيف يخص به أحدهما،و ان كان أعلم أو أقوى و قد منعه الموصى من ذلك.

ثم انه قد صرح جمله من الأصحاب بأنه مع التشاح و التعاسر منهما يجبرهما الحاكم على الاجتماع،فان اتفق و إلا استبدل بهما،و هو على إطلاقه مع القول باشتراط العداله فى الوصى كما عليه الأكثر لا يخلو من الإشكال،لأنه بالتشاح و التعاسر منهما مع إمكان الاجتماع و انما قصدا بذلك محض العناد من كل منهما للآخر يثبت فسقهما الموجب لعزلهما عن الوصيه،فيجب أن يستبدل الحاكم بهما،لا أنه يجبرهما على الاجتماع،و الحال كما عرفت.

و لقد أحسن ابن إدريس هنا حيث قال فی مسئله التشاح:و ان ناقض نفسه بما ذكره فی المسئله الأولی قال:ان تشاحا فی الوصیه و الاجتماع لم تنفذ بشیء مما تصرفا فیه،الی أن قال:و للناظر فی أمور المسلمین الاستبدال بهما،لأنهما حینئذ قد فسقا،لأنهما أخلا بما وجب علیهما القیام به،و قد بینا أن الفسق یخرج الوصیه من یده،انتهی مع أنه فی مسئله اشتراط العداله و عدمه،صرح أولا بالاشتراط،ثم عدل عنه فی آخر كلامه،فقال:و الذی یقتضیه أصول مذهبنا و یشهد به أصولنا و روایتنا أن العداله فی الوصی لیست شرطا فی صحه الوصیه، للإجماع علی صحه إیداع الفاسق و هی أمانه فكذا الوصیه،انتهی،ثم عقب ذلك بمسئله الوصیین،و قال فیها ما عرفت،و الجمیع فی موضع واحد،و ربما أمكن فرض التشاح من غیر استلزام الفسق فیما إذا اختلف رأیهما فی وجه المصلحه مثلا-فلا- یمكنهما الاجتماع علی رأی واحد،لأن كل واحد مكلف بما یقتضیه رأیه من الحكم،و ینبغی أن یستثنی هذا من محل البحث المذكور،فإنه لا یمكن إجبار الحاكم هنا لهما علی الاجتماع،و علی هذا یخص محل البحث بما یمكن فیه الاجتماع و یكون التشاح ناشیا عن التشهی و المیل الطبیعی كأن یرید أحد الوصیین تفرقه صدقه المال الموصی به لذلك علی أناس مخصوصیین، و یرید الآخر غیرهم مع تساوی الجمیع فی الاستحقاق،أو أراد أحدهما شراء نوع من المأكول و الملبوس للطفل،و أراد الآخر غیره مع التساوی فی المصلحه، و نحو ذلك فان هذا هو محل البحث.

و نقل عن العلامه فی التذكره أنه بالغ فی المسئله،و صرح بأنهما لا ینعزلان بالاختلاف،و أن اللذین أقامهما الحاكم نائبان عنهما و هو عجیب، و الله العالم.

### الثانی [فی وجوب ضم الحاكم إلی أحد الوصیین لو تعذر الآخر] :

قالوا:لو مرض أحدهما أو عجز ضم الیه الحاكم من یقویه، و هذه العباره لا تخلو من الإجمال،و تعدد الاحتمال،فیحتمل أن یكون المراد

ص:۵۷۲

منهـا أن المضـموم اليه هو المريض و العـاجز بأن يكون الضـمير فى«اليه»و«يقويه» راجعا الى المريض،و العاجز،بمعنى أن الحاكم يضم إليهما شخصا يقويهما و يعينهما على التصرف،و يساعدهما على ذلك،فان المرض و العجز لا يخرجهما عن الوصايه،لجواز الوصـيه ابتداء الى المريض و العاجز،فكما لا يقدح فى الابتداء،كذا لا يقدح فى الاسـتدامه،و أيضا على هذا فيعتبر اجتماع الثلاثه فى التصرف.

و يحتمـل أن يكون المراد أن المضـموم اليه هو الوصـى الآـخر المـدلول عليه بأحـدهما ضـمنا،و حينئـذ يكون الضـمير فى«اليه»و فى«يقويه»راجعا إلى الوصـى الآخر المشار اليه،و على هذا يراد بالعجز و المرض البالغين حد المنع و عدم إمكان التصرف،و بهذا صرح فى الدروس فإنه جعل الضميمه مع عجز أحدهما كما لو جن أو فسق،و من الظاهر أن جعل العاجز و المريض كالمجنون و الفـاسق اللـذين لاـ وصـايه لهما يعطى بلوغ العجز و المرض الى حـد يمنع من القيام بشـىء من الوصايا،فيكون المضـموم اليه هو الوصى الآخر البته.

و بـالجمله فإنه ينبغى أن يكون المـدار فى ذلك على مرتبتى العجز و المرض، فان بلغتا إلى حـد العجز الكلى و هو الحـد الـذى يمنع من القيام بشـىء من الوصايا، فإنه يكون للضم إلى الوصى الآخر،و إلا فإن الضم الى المريض و العاجز،لأن العجز و المرض إنما منع عن القيام بالجميع مع ثبوت أصل القـدره،فيكون المضـموم إليهما مساعـدا لهما فى الأشـياء التى تضـعف عنها قوتهما،و على هذا فتكون الأوصياء ثلاثه،كما تقدم.

### الثالث [حكم ما لو مات أحد الوصيين أو فسق] :

قالوا:لو مات أحد الوصيين أو فسق لم يضم الحاكم الى الآخر.

و جاز له الانفراد،لأنه لا ولايه للحاكم مع وجود وصى،و تردد فيه بعضهم.

أقول:ينبغى أن يعلم أن ذكر الموت و الفسق انما خرج مخرج التمثيل، و المعنى أنه لو تعذرت مشاركه أحد الوصيين للآخر على الاجتماع،لأحد الموانع

کموت أو فسق أو عجز کلی أو جنون أو غیبه بعیده،فالمشهور هو أن الحکم فی ذلک ما ذکر من استقلال الآخر بالوصیه،من غیر أن یضم الیه الحاکم بدلا من الوصی الآخر،لأنه لا ولایه للحاکم مع وجود الوصی،و هو هنا موجود و نصب الآخر معه لا یخرجه من کونه وصیا،و لهذا یقال:نصب وصیین،هکذا قیل.

و فیه أن الظاهر من نصب الوصیین الذی قد عرفت آنفا أن مقتضاه الاجتماع، و هو أن الموصی لم یرض برأی أحدهما منفردا کما تقدم ذکره،فتصرفه وحده مناف لمقتضی الاجتماع المفهوم من الإطلاق،و منه یعلم أنه مناف لغرض الموصی.

و قولهم أنه لا ولایه للحاکم مع وجود الوصی مسلم لو کان الوصی منفردا، و أما فی صوره الاشتراک فهو ممنوع،و صدق وجود الوصی حقیقه هنا ممنوع، بل الموجود جزء وصی،و إطلاق الوصی علیه مجاز،و به یثبت المنع من انتفاء ولایه الحاکم هنا،بل الولایه له ثابته،لأن ولایته تتعلق بما لا یشرع إنفاذه لغیره من أحکام المیت،و هو هنا کذلک.

قال فی المسالک:و الأقوی وجوب الضم،و لیس للحاکم أن یفوض الیه وحده،و ان کان عنده صالحا للاستقلال،لأن الموصی لم یرض برأیه وحده،و عند وجود اراده الموصی لا تعتبر اراده الحاکم،لأن ذلک کمنعه من کونه وصیا بالانفراد،فلا یتخطاه الحاکم،انتهی و هو جید.

### الرابعه [فی جواز رد الوصیه ما دام الموصی حیا] :

### اشاره

لا خلاف بین الأصحاب(رضی الله عنهم)فی أن للوصی أن یرد الوصایه ما دام الموصی حیا بشرط أن یبلغه ذلک،فلو مات الموصی قبل الرد أو بعده و لم یبلغه لزمه القیام بها،و بذلک تکاثر الأخبار.

و منها ما رواه

المشایخ الثلاثه(طیب الله تعالی مراقدهم)عن محمد بن مسلم (۱)فی الصحیح

«عن أبی عبد الله علیه السلام قال:ان أوصی رجل الی رجل و هو غائب فلیس له أن یرد وصیته،فإن أوصی الیه،و هو بالبلد،فهو بالخیار ان شاء قبل،و إن شاء لم یقبل».



---

۱- ۱) الکافی ج ۷ ص ۶ ح ۱،التهذیب ج ۹ ص ۲۰۵ ح ۸۱۴،الفقیه ج ۴ ص ۱۴۴ ح ۴۹۶،الوسائل ج ۱۳ ص ۳۹۸ ح ۱.

و المراد أنه مات الموصی فی تلک الغیبه،قبل أن یعلمه الوصی بالقبول أو عدمه،فإنه یجب علیه القیام بالوصایه،و ان لم یقبل».

و ما رواه

فی الکافی و الفقیه عن فضیل بن یسار (۱)فی الصحیح

«عن أبی عبد الله علیه السلام فی رجل یوصی الیه فقال:إذا بعث بها الیه من بلد فلیس له ردها، و ان کان فی مصر یوجد فیه غیره فذلک الیه».

و التقریب فیه ما تقدم فی سابقه،بمعنی أنه لو مات الموصی بعد البعث و قبل وصول الجواب الیه بالقبول و عدمه،و حاصله أنه إذا أوصی الیه و الوصی غائب عن البلد،ثم مات لزمه القیام بالوصیه قبل أو لم یقبل،و ان أوصی الیه و هو حاضر فإنه مخیر بین القبول و عدمه،لأن المصر یوجد فیه غیره.

و عن منصور بن حازم (۲)

«عن أبی عبد الله علیه السلام قال:أوصی الرجل إلی أخیه،و هو غائب فلیس له أن یرد علیه وصیته،لأنه لو کان شاهدا فأبی أن یقبلها طلب غیره».

و ما رواه فی الکافی فی الصحیح أو الحسن عن الفضیل (۳).و کذلک

الشیخ فی التهذیب

«عن أبی عبد الله علیه السلام فی الرجل یوصی الیه؟قال:إذا بعث بها من بلد الیه،فلیس له ردها».

و قال فی کتاب الفقه الرضوی (۴)

«و إذا أوصی رجل الی رجل و هو شاهد فله أن یمتنع من قبول الوصیه،و کان الموصی إلیه غائبا،و مات الموصی من قبل أن یلتقی مع الموصی إلیه،فإن الوصیه لازمه للموصی إلیه».



---

۱- ۱) الکافی ج ۷ ص ۶ ح ۲،التهذیب ج ۹ ص ۲۰۵ ح ۸۱۵،الفقیه ج ۴ ص ۱۴۴ ح ۴۹۷.الوسائل ج ۱۳ ص ۳۹۸ ح ۲.
۲- ۲) الکافی ج ۷ ص ۶ ح ۳،التهذیب ج ۹ ص ۲۰۶ ح ۸۱۶.الوسائل ج ۱۳ ص ۳۹۸ ح ۳.
۳- ۳) الکافی ج ۷ ص ۶ ح ۴،التهذیب ج ۹ ص ۲۰۶ ح ۸۱۷ ،الفقیه ج ۴ ص ۱۴۵ ح ۵۰۰.الوسائل ج ۱۳ ص ۳۹۹ ح ۵.
۴- ۴) المستدرک ج ۲ ص ۵۲۲ الباب ۲۱ ح ۲.

أقول:و هـذا الخبر مبين لمـا اجعل فی الأخبار المتقـدمه كما ذيلناها به، و تحقيق الكلام فی المقام أنک قـد عرفت فيما تقـدم أن الوصـيه من العقود الجائزه فی حياه الموصـی فلكل من الموصـی و الموصـی له بمال و نحوه،و الموصـی إليه بالولايه،فسـخها فی حياه الموصی إجماعا.

و أمـا بعـد موته فـان قبـل كـل من الموصـی له و الموصـی إليه فليس له الرد اتفاقـا،و ان لم يقبل فی حال الحياه جاز له الرد بعد وفاته،إلا أنه فی الموصی إليه مشروط بأن يبلغ الموصی و يعلمه الرد فی حال حياته،فلو لم يعلمه ذلک فی حال الحياه لزمه القيام بذلک،و لم يكن لرده أثر يترتب عليه،هذا هو المشهور.

و عليه تـدل الأخبـار المـذكوره،لأنها كما عرفت متفقه فی أنه لو كان الموصـی إليه غائبا و مات الموصـی بعـد الوصـيه فليس له الرد،سواء بلغه الخبر و ردها، و لكن لم يبلغ الرد الموصی أو لم يبلغه الخبر إلا بعد موت الموصی،فإنه ليس له الرد،بل يجب عليه القبول،و حينئذ فالحكم فی هذه الصوره كما فی الصوره الأولی أعنی موت الموصی بعد قبول الوصی،فإنه ليس للوصی الرد بعد مو ته اتفاقا.

و ذهب العلامه فی التحرير و المختلف إلی أنه يجوز له الرجوع مـا لم يقبـل، قـال فی المختلف:أطلق الأصـحاب عـدم جواز رد الوصـيه إذا لم يعلم الوصی بها حتی يموت الموصی،أو يعلم و يرد،و لما يعلم الموصی بالرد،لروايات كثيره ثم نقل روايه منصور بن حازم،و صحيحه محمد بن مسلم قال:و الوجه عندی المصير الی ذلک ان كان قد قبل الوصيه أولا،و ان لم يكن قبل و لا علم جاز له الرجوع،للأصل،و لازاله الضرر الواصل بالتحمل غير المستحق،و قد قال الله تعالی (1)«مٰا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ»

و قال عليه السلام (2)

«لا ضرر و لا ضرار فی الإسلام». و تحمل الأحاديث علی حصول القبول،لأنه عقد و لا بد فيه من القبول،

ص: ۵۷۶

---

١- ١) سوره الحج-الايه ٧٨.

٢- ٢) الكافی ج ۵ ص ٢٩ ح ٢،الوسائل ج ١٧ ص ٣۴١ ح ٣.

و قـد نبه الشـيخ فى المبسوط و فى مسائل الخلاف،عليه،فقال:إذا قبل الوصـيه له أن يردها ما دام الموصـى حيا،فان مات فليس له ردها،و استدل بإجماع الفرقه، و بأن الوصيه قد لزمته بالقبول،انتهى.

و قال فى الدروس بعد ذكر القول المشـهور فى المختلف:يجوز الرد إذا لم يعلم بالوصيه حتى مات،للحرج و الضرر،و لم نعلم له موافقا عليه،انتهى.

أقول:يظهر من شـيخنا فى المسالك الميل الى ما ذكره العلامه هنا حيث قال بعد ذكر القول المشهور:و أن الأصحاب استندوا فيه الى الأخبـار التى قـدمنا هنـا،ثـم نقـل قـول العلامه و دليلـه مـا هــذه صـورته:،و الحـق أن هــذه الأخبـار ليسـت صـريحه فى المـدعى،لتضـمنها أن الحاضـر لاـ يلزمه القبول مطلقـا،و الغائب يلزمه مطلقا،و هو غير محل النزاع،نعم فى تعليل الروايه المتقـدمه إيمـاء إلى الحكم، إلاـ أن إثبـات مثـل هـذا الحكم المخالف للأصول الشـرعيه بإثبات حق الوصايه على الموصـى اليه على وجه القهر،و تسـليط الموصـى على إثبـات وصـيته على من شـاء، بحيث يوصـى و يطلب من الشـهود كتمـان الوصـيه إلى حين موته،و يدخل على الوصـى الحرج و الضرر غالبا بمجرد هذه العله المستنده إلى سند غير واضح بعيد، و لو حملت هذه الأخبار على سبق القبول،أو على شـده الاسـتحباب كـأن أولى، و لو حصـل للوصـى ضـرر دينى،أو دنيوى أو مشـقه لا يتحمل مثلها عاده أو لزم من تحملها عليه ما لا يليق بحاله من شتم و نحوه قوى جواز الرجوع،انتهى.

أقول:قـد عرفت ممـا ذيلنا به بعض الأخبار المتقـدمه و به صـرح عليه السـلام فى كتاب الفقه الرضوى أن حكمه عليه السـلام فى تلك الأخبار على الغائب بأنه يلزمه القيام بالوصـيه متى أوصـى اليه فى حال الغيبه و مات الموصـى أعم من أن يكون الوصى قد قبل الوصيه لما بلغه الخبر أو لم يقبل،فإنه لا أثر لعدم قبوله بعد موت الموصى،أما على الأول فظاهر،و هو مما لا خلاف فيه،و أما على الثانى و هو محل الخلاف،فلظاهر هذه الأخبار،فإنها دلت كما عرفت على أنه بالوصيه إليه حال

غيبته و موت الموصى يجب على الوصى القيام بالوصيه،رضى بالوصيه أو امتنع، فان امتناعه لا أثر له بعد موت الموصى و هذا هو محل الخلاف.

و أما إذا كان حاضرا للوصيه مشافها لها،فإنه لا يلزمه القبول،و له أن يردها و لا ضير فيه،لأن الموصى حى.

و حينئذ فكيف يتم قوله«أن ما تضمنته الأخبار غير محل النزاع و أنها غير صريحه فى المدعى»و قد عرفت من كلام العلامه و من كلامه هو أيضا أن محل النزاع هو أن يثبت للموصى إلزام بالقيام بوصيته مع عدم قبوله،و لا علمه بذلك، بل يكون قهرا عليه،و هذا هو الذى دلت عليه الأخبار بالتقريب الذى ذكرناه، و لهذا أن غيره من الأصحاب كالعلامه فى المختلف و غيره ممن قال بالقول المشهور متفقون على دلاله الأخبار على القول المذكور،و هو الذى فهموه منها،و غايه ما يتمسك به العلامه معارضتها بالأدله الداله على نفى الضرر و الحرج،فتأمل الأخبار المذكوره جمعا بين الأدله بالحمل على القبول،و هو الظاهر من كلامه أيضا،و هو زاد احتمال الحمل على شده الاستحباب.

و أنت خبير بما فى التأويلين المذكورين من البعد،و أما المعارضه بالأدله على نفى الضرر و الحرج،فإنا نمنع حصول الضرر و الحرج بمجرد الوصيه اليه، و إلا للزم عدم جواز قبول الوصايه مطلقا،فإنه لا يجوز للإنسان أن يلقى نفسه فى الضرر،لو كان مجرد الوصيه إليه يستلزم ذلك،نعم لو فرض اتفاق ذلك فى بعض الموارد كما فرضه(قدس سره)فى آخر كلامه،فإنه يجوز له الرجوع دفعا للضرر عن نفسه،و به يحصل الجمع بين أخبار الضرر و أخبار المسئله،و لا يحتاج الى ما ذكروه من التأويلين البعيدين.

و أما ما ذكره من أن إثبات هذا الحكم مخالف للأصول الشرعيه بإثبات حق الوصايه على الموصى اليه على وجه القهر الى آخر كلامه فى ذلك.

ففيه أنه إذا ثبت ذلك بالأدله الصحيحه كما عرفته من هذه الروايات مع

صحتها باصطلاحهم من غير معارض لها فی البین،فإنه یجب تخصیص الأصول التی ذکرها بهذه الأخبار،إذ ما من عام إلا و قد خص،و لم یبق حینئذ إلا مجرد الاستبعاد العقلی الذی فرضه،و هو غیر مسموع فی مقابله الأخبار،سیما مع صحتها و تکاثرها،و وضوح دلالتها کما فصلناه،و الله العالم.

## إلحاق [فی وجوب قبول الابن وصیه الأب إذا دعاه إلی قبوله]

قال الصدوق:إذا دعی الرجل ابنه الی قبول وصیته فلیس له أن یأبی و إذا أوصی رجل الی رجل فلیس له أن یأبی ان کان حیث لا یجد غیره،و إذا أوصی رجل الی رجل و هو غائب عنه،فلیس له أن یمتنع من قبول وصیته.

أقول:أما الحکم الأول فیدل علیه ما رواه

المشایخ الثلاثه(نور الله تعالی مراقدهم)عن علی بن الریان (۱)قال:

«کتبت الی أبی الحسن علیه السلام رجل دعاه والده الی قبول وصیته هل له أن یمتنع من قبول وصیته؟فوقع علیه السلام:لیس له أن یمتنع».

و أما الثانی فالظاهر أن الدلیل علیه ما رواه

المشایخ الثلاثه أیضا فی الصحیح أو الحسن عن هشام بن سالم (۲)

«عن أبی عبد الله علیه السلام فی الرجل یوصی الی الرجل بوصیه فأبی أن یقبلها؟فقال أبو عبد الله علیه السلام لا یخذله علی هذه الحال».

و ظاهره(قدس سره)حمل الخبر علی وجوب القبول،و لذا قیده بأن لا یجد غیره،و فیه تأیید لما ذکرناه ردا علی شیخنا المتقدم ذکره،و ینبغی تقیید کلامه بما قیدت به الأخبار المتقدمه من موت الموصی بعد الوصیه و العلامه فی المختلف حمل القبول فی الأولین أولا-علی شده الاستحباب،ثم قال:علی أن امتناع الولد نوع عقوق،و من لا یوجد غیره یتعین علیه،لأنه فرض کفایه،و بالجمله فأصحابنا



---

۱- ۱) الکافی ج ۷ ص ۷ ح ۶،التهذیب ج ۹ ص ۲۰۶ ح ۸۱۹،الفقیه ج ۴ ص ۱۴۵ ح ۴۹۸،الوسائل ج ۱۳ ص ۴۰۰ الباب ۲۴.

۲- ۲) الکافی ج ۷ ص ۶ ح ۵،التهذیب ج ۹ ص ۲۰۶ ح ۸۱۸، الفقیه ج ۴ ص ۱۴۵ ح ۴۹۹،الوسائل ج ۱۳ ص ۳۹۹ ح ۴.

لم ينصوا على ذلک،و لا بأس بقوله،انتهى.

و فيه عـدول الى القول بوجوب القبول،و فى حكمه-بكون القبول فرض كفـايه يتعين مع عـدم وجود فرد آخر-ما يوجب الإيراد عليه فيما تقدم نقله عنه من عدم وجوب قيام الموصـى إليه بالوصايه بعد موت الوصـى،إذا أوصى اليه و هو غائب و ان لم يعلم،و لم يقبـل،لأـن وجوب قبول الوصـيه كفايه انما هو حال حياه الموصـى أما بعـد موته فإنها يتعين فيمن أوصـى اليه كما لو لم يكن غيره حال الحياه،فإنه يصير القبول واجبا عينيا.

## إلحاق آخر [هل يكفى فى جواز الرد مجرد بلوغ الخبر و ان لم يوجد وصى غيره؟]

قد عرفت أنه يشترط فى جواز الرد فى الحياه بلوغ الخبر الموصـى،لكن يبقى الكلام فى أنه لو بلغه الخبر،و لم يمكنه إقامه وصى غيره،فهل يكفى فى جواز الرد مجرد بلوغ الخبر و ان لم يوجـد وصـى غيره،أو لا بد من تقييده بإمكان وجود وصـى آخر عوض الأول؟و ظاهر إطلاق الفتاوى الأول،و ظاهر النصوص الثانى.

و منها صحيحه هشام بن سالم أو حسنته المتقدمه،و قوله عليه السلام فيها«لا يخذله على هذه الحال»،و قد عرفت حملها على عدم وجود غيره،كما صرح به الصدوق و غيره.

و منهم العلامه فى المختلف كما تقـدم،و الشـهيد فى الـدروس،و مقتضاها كما عرفت أنه مع عـدم وجود الغير لا يجوز له الرد،و يشـير الى ذلـک قوله عليه السـلام فى صـحيحه الفضـيل بن يسار المتقـدم«و ان كان فى مصـر يوجـد غيره فـذاک اليه»و قوله فى صحيحه منصور بن حـازم«لأـنه لو كان شاهـدا فأبى أن يقبلها يطلب غيره»فإنهما ظاهران فى تعليق جواز الرد على وجود الغير،فلو لم يوجد الغير لقبول الوصيه لم يجز له الرد،و الله العالم.

## الخامسه [فی کون الوصی أمینا] :

لا خلاف بین الأصحاب(رضی الله عنهم)فی أن الوصی أمین،لا یضمن ما بیده من الأموال التی تعلقت بها الولایه إلا بتعد أو تفریط،و ینبغی أن یکون المدار فی التعدی و عدمه علی مخالفه شرط الوصیه و عدمها،فلو ربک الدابه أو لبس الثوب لا لغرض یعود الی الطفل أو نفع یترتب علیه،کان ذلک تعدیا لأن مقتضی الوصیه حفظهما أو بیعهما و صرفهما فی الجهه المأمور بها،فتصرفه فیها کذلک لأغراض نفسه تعد البته.

أما لو تعلق بذلک غرض یعود الی الطفل،کأن یرکب الدابه للمضی فی حوائج الطفل من استیفاء دینه،أو جمع حواصله أو نحو ذلک،و لبس الثوب لدفع الضرر عنه باللبس،کما فی ثیاب الصوف و نحوها فی أوقات الحر و نحو ذلک،فإنه لا یکون تعدیا،بل ربما صار فی بعض الأفراد واجبا علیه إذا علم حصول الضرر بدون ذلک.

و ظاهر کلامهم أن غایه ما یوجبه التعدی و التفریط وجوب الضمان علیه مع بقائه علی الوصایه،و لا یوجب ذلک عزله،مع أنهم قد صرحوا بأنه ان ظهر منه خیانه وجب علی الحاکم عزله،و الظاهر أن التعدی و التفریط نوع خیانه أیضا إلا أنهم لم یصرحوا بذلک،بل ربما ظهر من کلامهم فی الحکم الأول عدم کون ذلک خیانه،فینبغی التأمل فی ذلک،ثم ان ما ذکروه من أنه متی ظهرت منه خیانه وجب علی الحاکم عزله،و نصب غیره ظاهر فیما لو لم یشترط عداله الوصی فإن للحاکم أن یعزل الخائن مراعاه لحق الأطفال،و مصارف الصدقات،و نحوها من تنفیذ الأمور الموصی بها.

و أما علی تقدیر اشتراط العداله کما هو المشهور،فإنه ینعزل بنفس الفسق و ان لم یعزله الحاکم،و لعل المراد بعزل الحاکم فی کلامهم ما هو أعم من قوله عزلتک کما هو الحکم بالنسبه إلی القول الأول أو منعه من التصرف،لأنه قد انعزل بنفس الفسق کما هو القول الثانی،فالمراد بعزله یعنی منعه من التصرف،

و لو عجز الوصی عن القیام بما أوصی به الیه،قالوا:ضم الیه الحاکم من یساعده.

و ظاهر کلامهم أنه لا فرق فی العجز بین أن یکون عن الاستقلال بالوصیه حال الوصیه الیه،أو تجدده بعد الوصیه قبل موت الموصی أو بعده،و به صرح فی التذکره علی ما نقل عنه حیث قال:الظاهر من مذهب علمائنا جواز الوصیه الی من یعجز عن التصرف،و لا یهتدی إلیه لمشقه أو هرم أو غیرهما،و یجبر نقصه بنظر الحاکم،انتهی.

و علی هذا فکما لا تبطل الوصیه بالعجز الطاری کذا لا تبطل لو کان متصفا به ابتداء،و لا یخلو من اشکال،لأن الوصیه الیه مع العلم لعدم إمکان قیامه بذلک لا فائده فیها،و لا یترتب علیها أثر،فکیف یحکم بصحتها،و ضم الحاکم بعد ذلک شخصا آخر للقیام بها یکون من قبیل نصبه وصیا لمن لم یوص بالکلیه،فلا أثر له فی صحه الوصیه الاولی.

و الی ما ذکرنا یمیل کلام شیخنا الشهید فی الدروس حیث انه توقف فی صحه الوصیه إلی العاجز ابتداء،فقال:ففی بطلانها من رأس،و صحتها و یضم الحاکم الیه مقویا نظر،ینشأ من وجوب العمل بقوله ما أمکن،و من عدم الفائده المقصوده بالوصیه،انتهی.

أقول:لا ریب أن وجوب العمل بقوله انما یتم مع ترتب الأثر المقصود من الوصیه علیه،و إلا فمتی لم یترتب علیه أثر کما هو المفروض،فإنه لا معنی لهذا الوجوب بالکلیه.

و أما ما ذکره فی المسالک فی الاستدلال علی ما ذکره الشهید من أنه یمکن منع عدم الفائده علی هذا التقدیر،لجواز أن یکون العاجز ذا رأی و تدبیر و لکنه عاجز عن الاستقلال،فیفوض الیه الموصی أمره لذلک،و یعتمد فی إتمام الفعل علی نصب الحاکم له معینا،فتحصل الفائده المطلوبه من الوصیه،و یسلم من تبدیلها المنهی عنه.

ففيه أولا أن المفروض فی کلامهم کما سمعت من عباره التذکره«یعجز عن التصرف و لا یهتدی إلیه»هو العجز عن ذلک بجمیع أنواعه فی رأی کان أو فعل،و العاجز عن الاستقلال مع کونه ذا رأی و تدبیر فی قوه العاجز عن البعض مع القدره علی البعض،و هو خلاف محل البحث.

و ثانیا أن الاعتماد علی نصب الحاکم أمر خارج عن الوصیه،لأنه کما عرفت فی قوه نصب وصی لمن لا وصی له بالکلیه،و محل البحث انما هو وصیه الوصی علی هذا الوجه الذی لا یترتب علی وصیته أثر بالکلیه،لأن الوصیه إلی العاجز الذی یعلم عدم قیامه بشیء مما یوصی به إلیه فی قوه العدم،و من المقطوع به عقلا ان مثل هذا لا یصدر عن عاقل،و انما هو فرض ذکروه.

و بالجمله فما ذکروه من الصحه لا أعرف له وجها وجیها،و المسئله باقیه فی قالب الاشکال و للتوقف فیها مجال،و الله العالم.

### السادسه [فی عدم جواز أخذ الوصی ماله علی المیت من تحت یده إلا بالبینه] :

#### اشاره

قال الشیخ فی النهایه:إذا کان للوصی علی المیت مال لم یجز له أن یأخذه من تحت یده،إلا ما تقوم له به البینه،و تبعه ابن البراج و نازعه ابن إدریس فی ذلک،فقال:هذا خبر واحد أورده(رحمه الله)إیرادا لا اعتقادا و الذی یقتضیه أصول مذهبنا أنه یأخذ من ماله فی یده،لأن من له علی انسان مال و لا بینه له علیه،و لا یقدر علی استخلاصه ظاهرا،فله أخذ حقه باطنا،لأنه یکون بأخذ ماله من غیر زیاده علیه محسنا لا مسیئا،و قد قال الله تعالی (۱)«مٰا عَلَی الْمُحْسِنِینَ مِنْ سَبِیلٍ» ،انتهی.

و بما ذکره ابن إدریس صرح الشهید فی الدروس و اللمعه،و ظاهر المحقق فی الشرائع المیل الی ما ذکره الشیخ فی النهایه حیث أفتی أولا بتقیید الجواز بغیر اذن الحاکم بما إذا لم یکن له حجه،ثم قال:و قیل یجوز مطلقا،و أنت خبیر بأن ظاهر کلام الشیخ هو أنه لا یجوز له الأخذ إلا مع الإثبات بالبینه عند



---

۱- ۱) سوره التوبه-الایه ۹۱.

الحاكم،فلو تعذر الإثبات امتنع الأخذ.

و ظاهر كلام المحقق و مثله ظاهر كلام العلامه فی المختلف هو التوقف علی الإثبات لو كان ثمه بينه،إلا أنه فی المختلف جعله الأولی و لو لم تكن له بينه كان له الأخذ من غير توقف علی الإثبات،و هو قول متوسط بين قولی الشيخ حيث أطلق توقف الجواز علی البينه،و قول ابن إدريس حيث جوز الأخذ مطلقا.

و الأصل فی هذا الاختلاف ما رواه

المشايخ الثلاثه(عطر الله مراقدهم)عن بريد بن معاويه (۱)فی الموثق

«عن أبی عبد الله عليه السلام قال:قلت له:ان رجلا أوصی الی فسألته أن يشرك معی ذا قرابه له ففعل،و ذكر الذی أوصی الی أن له قبل الذی أشركه فی الوصيه خمسين و مائه درهم،و عنده رهن بها جام من فضه،فلما هلك الرجل أنشأ الوصی يدعی أن له قبله أكرار حنطه،قال:

ان أقام البينه،و إلا-فلا شیء له،قلت له أ يحل له أن يأخذ مما فی يده شيئا؟ قال:لا يحل له،قلت أ رأيت لو أن رجلا عدا عليه فأخذ ماله،فقدر علی أن يأخذ من ماله ما أخذ،أ كان ذلك له؟قال:ان هذا ليس مثل هذا».

و هذه الروايه هی مستند الشيخ فيما ذهب إليه فی النهايه،و هی ظاهره بل صريحه فيما ذهب اليه من العموم،و ابن دريس قد اعتمد علی الروايات الكثيره الداله علی جواز الأخذ مقاصه ممن له عليه الدين،و لم يتمكن من إثباته و أخذه،كما صرح به،و الامام عليه السلام فی هذه الروايه قد أشار الی الفرق بين المسئلتين،لما عارضه الراوی بتلك المسئله،و حينئذ فالاستناد الی تلك الأخبار فی الحكم،كما ذكره ابن إدريس مع إشارته عليه السلام الی أن هذه المسئله ليست مثل ذلك مشكل.

و لعل المراد بخروج هذه المسئله عن تلك القاعده التی تكاثرت بها الأخبار،



---

۱- ۱) الكافی ج ۷ ص ۵۷ ح ۱،التهذيب ج ۹ ص ۲۳۲ ح ۹۱۰،الفقيه ج ۴ ص ۱۷۴ ح ۶۱۳،الوسائل ج ۱۳ ص ۴۷۹ ح ۱.

أن هـذا الوصـی المـدعی له شـریک فی التصـرف و التنفیـذ،و هو الوصـی الآخر،فلا یجوز له التصـرف بـدونه،و جواز التصـرف للوصـی الآخر بحیث یـدفع الیه ما ادعاه موقوف علی الإثبات شـرعا،لأنه لیس له أن یمکنه بمجرد دعواه،کغیره ممن یـدعی علی المیـت مالا،بـل یجب علیه طلب الـبینه منه و الیمین،کمـا هـو المقرر فی الـدعوی علی المیت،و لا یکفی هنـا مجرد الثبـوت فی الواقع،کمـا فی تلـک المسـئله، لأـن ذلـک مخصوص بمـا إذا لم یطلع علیه أحـد سواه،فـإنه یجوز له الأخـذ مقـاصه، و علی هـذا فالحکم المذکور مختص بمورد الروایه،و هو وجود وصیین،و دعوی أحدهما لیمکن توجیه الفرق بین المسئلتین.

و أما علی ما ادعاه الشـیخ من فرض المسـئله فی الوصـی،و ان کان واحدا و ادعی دینا علی الموصـی،فإن الظاهر هنا ما ذهب الیه ابن إدریس،لأـن هـذا الفرد أحـد أفراد تلک القاعـده التی تکاثرت بها الأخبار،و قـد تقـدم تحقیق الکلام فیها فی صـدر الفصـل الأـول فی البیع من کتـاب التجاره (۱)و بـذلک یظهر أیضـا مـا فی فتوی المحقق،بتوقف جواز أخـذ الوصـی و استیفاء حقه علی الإثبات ان وجدت البینه،فإنه ان کان هذا مذهبه فی تلک المسئله کما هو أحد القولین فیها فلا اشکال،و ان کان مذهبه ثمه،کما هو المشـهور من جواز الأخـذ مقاصه و ان أمکن الإثبات،فإنه لا معنی لهـذا الاشتراط هنا،مع کون هـذه المسـئله أحد أفراد تلک القاعده.

و بالجمله فالواجب الوقوف علی مورد الروایه من وجود وصیین،أحدهما یدعی المال کما ذکرناه،فإنه أخص من تلک المسئله،و أما لو کان الوصـی متحـدا فإنه من جمله أفراد تلک المسـئله،یحکم فیها ما یحکم فی تلک المسـئله من جواز الأخذ مقاصه،کما هو الأشـهر الأـظهر،و علله فی المسالـک بأن الغرض کونه وصـیا فی إثبات الـدیون،فیقوم مقام الموصـی فی ذلک،و الغرض من البینه و الإثبات

ص: ۵۸۵

---

۱- ۱) ج ۱۸ ص ۳۴۹.

عند الحاكم جواز كذب المدعى فى دعواه،فنيطت بالبينه شرعا،و علمه بدينه أقوى من البينه التى يجوز عليها الخطأ،و لأنه بقضاء الدين محسن (۱)«و مٰا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ »قال:و بهذا يظهر الفرق بين دين الموصى و غيره،حيث لا يعلم به الوصى،و على تقدير علمه يمكن تجدد البراءه منه،فلا بد من إثباته، حتى باليمين مع البينه بذلك،انتهى.

و الأولى جعل ذلك وجها للنصوص الداله على جواز الأخذ و المقاصه للوصى الذى هو أحد أفراد تلك القاعده،فإنها هى الأصل فى إثبات الحكم المذكور.

## تذنيب [حكم ما لو كان الدين لغير الوصى،و هو عالم به]

قد ظهر مما قررناه أنه متى كان الوصى متحدا فان الظاهر كما هو المشهور أنه يجوز له استيفاء دينه عملا بروايات تلك القاعده المشهوره.

بقى الكلام فيما لو كان الدين لغيره،و هو عالم به،بمعنى أنه سمع إقرار الموصى به قبل الموت بزمان لا يمكن فيه القضاء،و يكون المستحق ممن لا يمكن فى حقه الإبراء،كالطفل مثلا و المسجد و نحوهما،فان ظاهر الأصحاب أن للوصى أداء الدين المذكور،أما لو كان أصحاب الدين كبارا يمكن الإبراء فى حقهم، فلا بد من إحلافهم على بقائه،و ان علم به سابقا،إلا أنهم(رضى الله عنهم)صرحوا بأنه لا يكفى إحلاف الوصى إياهم،إلا إذا كان مستجمعا لشرائط الحكم،بمعنى كونه فقيها جامع الشرائط،و صرحوا بأنه ليس للحاكم أن يأذن له فى التحليف، بناء على علمه بالدين،بل لا بد من ثبوته عند الحاكم،لأن الحكم لا يجوز لغير أهله،نعم له بعد ثبوته-عنده بالبينه-توكيله فى إحلافهم.

أقول:و على هذا تخرج المسئله عن الاكتفاء بعلم الموصى فى جواز أداء الدين العالم به،و تبقى ثمره ذلك فى توليه تحليفهم.

ص: ۵۸۶

---

۱- ۱) سوره التوبه-الايه ۹۱.

### السابعه [فی جواز إیصاء الوصی لو أذن له الموصی] :

لا خلاف فی أن الموصی لو أذن لوصیه بالإیصاء،فإنه یجوز له إجماعا،و کذا لا خلاف فیما لو منعه،فإنه لا یجوز له،و انما محل الخلاف السکوت عن کل من الأمرین و إطلاق الوصیه،فالمشهور المنع،و أن النظر بعده للحاکم الشرعی،و هو مذهب الشیخ المفید و أبی الصلاح و ابن إدریس و المحقق و العلامه و غیرهم،و ذهب جمع منهم الشیخ فی النهایه و ابن الجنید و القاضی ابن البراج الی الجواز،و الشیخ فی النهایه بعد أن قال:بجواز الإیصاء.

قال:و قال بعض أصحابنا:أن لیس له أن یوصی الی غیره بما کان یتصرف فیه،فإذا مات کان علی الناظر فی أمر المسلمین أن یقیم من ینظر فی ذلک،فان لم یکن هناک امام کان لفقهاء آل محمد علیهم السلام،و ذوی الآراء منهم أن یتصرفوا فی ذلک إذا تمکنوا منه،و ان لم یتمکنوا فلیس علیهم شیء،و لست أعرف بهذا حدیثا مرویا.

و قال فی الخلاف:إذا أوصی الی غیره و أطلق الوصیه،و لم یقل إذا متّ فوصیی فلان،و لا قال:فمن أوصیت إلیه فهو وصیی،لأصحابنا فیه قولان:المروی أن له أن یوصی الی غیره،و قال بعض أصحابنا:لیس له أن یوصی فإذا مات أقام الناظر فی أمر المسلمین من ینظر فی تلک الوصیه.دلیلنا علی القولین،روایات أصحابنا(رضی الله عنهم)بجواز الإیصاء.

أقول:أنظر الی ما دل علیه الکلام الأول من أنه لیس یعرف بهذا حدیثا و الی ما دل علیه الکلام الأخر،من أن دلیل القولین روایات أصحابنا.

و قال ابن الجنید و القاضی ابن البراج:

و قد روی ابن بابویه فی کتابه فی الصحیح عن محمد بن الحسن الصفار (۱)

«أنه کتب الی أبی محمد الحسن بن علی علیه السلام رجل کان وصی رجل فمات فأوصی إلی رجل آخر هل یلزم الوصی وصیه الرجل الذی کان هذا وصیه؟فکتب علیه السلام:یلزمه بحقه،ان کان له قبله حق ان شاء الله



---

۱- ۱) الفقیه ج ۴ ص ۱۶۸ ح ۵۸۷،الوسائل ج ۱۳ ص ۴۶۰ الباب ۷۰ ح ۱.

تعالى». الظاهر أن المراد بالحق هنا حق الإيمان.

أقول:أنت خبير بما فى الروايه المذكوره من الإجمال،و تعدد الاحتمال، و المستدل بها قد استدل بها بناء على ما ذكره من تفسير الحق بحق الإيمان، فكأنه عليه السلام قال:يلزمه القيام بوصيته ان كان مؤمنا وفاء لحقه،بسبب الايمان، فإنه يقتضى معونه المؤمن و قضاء حوائجه.

و لا يخفى ما فيه،و الأقرب فى معنى الخبر ما ذكره شيخنا فى المسالك، و اليه أشار العلامه فى المختلف من حمل الحق فى الخبر على حق الوصيه إلى الوصى الأول،بمعنى أن الوصيه تلزم الوصى الثانى بحق الأول ان كان له،أى للأول قبله،يعنى قبل الوصى الأول حق،بأن يكون قد أوصى اليه،و أذن له أن يوصى،فقد صار له قبله حق الوصيه،فإذا أوصى بها لزمت الثانى،و هذا الاحتمال ان لم يكن أرجح لا أقل أن يكون مساويا،و به يسقط الاستدلال بالخبر فى هذا المجال،على أن حق الايمان لا يختص بهذا الوصى الثانى،بل يجب على كل مؤمن كفايه،و الكلام فى اختصاص هذا الوصى من حيث الوصايه، لا من حيث جهه المعونه العامه.

و بالجمله فالأصل يقتضى المنع من التعدى الى غير الوصى الأول،لأن المتبادر من استنابته فى التصرف مباشرته بنفسه،و بموته يسقط ذلك،و تفويض التصرف الى غيره يحتاج الى دليل ظاهر،و الروايه على ما عرفت من الإجمال، و تعدد الاحتمال لا تصلح للاستدلال.

فان قيل:ان ما ادعيتموه من أن المتبادر من استنابه الوصى فى التصرف مباشرته بنفسه،ينتقض عليكم بالتوكيل فيما هو وصى فيه،فان للوصى أن يوكل فيما جرت العاده بالتوكيل فيه،بل و غيره على ما اختاره فى المسالك أيضا،فلو اقتضى إطلاق الإيصاء المباشره،لما جاز التوكيل،و بعضهم اعتمد على هذا دليلا للقائلين بهذا القول،فقال:و يدل عليه جواز الوكاله،فكما جازت الوكاله جاز الإيصاء.

ص :۵۸۸

و الجواب عن ذلک أولا ـ بأنه يرجع الى قياس الوصايه على الوكاله،و مع قطع النظر عن كونه قياسا مع الفارق،غير صحيح على أصولنا معشر الإماميه و ثانيا ما ذكره شيخنا فى المسالک و اليه أشار الشهيد قبله فى شرح الإرشاد من الفرق بين الوكاله و الوصايه،لأن الوكاله على جزئيات مخصوصه ملحوظه بنظره حيا يمضى منها ما وافق غرضه،و يرد ما خالف،بخلاف الإيصاء الذى لا يحصل أثره إلا بعد الموت،و فوات نظره،و أيضا فإن الوصى فى حال حياته مالک للتصرف على الوجه المأذون فيه،و وكيله بمنزلته،بخلاف تصرف الوصى بعد وفاته، لزوال ولايته المقصوره بنفسه،و ما فى حكمه بموته.

و كيف كان فالظاهر بناء على المشهور أنه يرجع الأمر فى تنفيذ وصايه الموصى الأول إلى الحاكم،أو عدول المؤمنين مع عدمه،كما صرحوا به فى غير موضع،إلا أن الظاهر من عباره الشيخ المتقدم نقلها عن كتاب النهايه الاختصاص هنا بالإمام أو نائبه الفقيه الجامع الشرائط،و مثلها عباره الشيخ المفيد أيضا، و يمكن تقييدهما بما أشرنا إليه مما صرح به الأصحاب فى أمثال هذا الموضع، كما سيأتى فى المسئله ان شاء الله تعالى،و الله العالم.

**الثامنه [فى ثبوت النظر للحاكم و الثقه فى أموال الميت و أطفاله إن لم يكن له وصى] :**

لا ـ خلاف بين الأصحاب فى أنه لو مات و لم يوص الى أحد و كان له تركه و أموال و أطفال،فإن النظر فى تركته للحاكم الشرعى،و انما الخلاف فى أنه لو لم يكن ثمه حاكم فهل لعدول المؤمنين تولى ذلک أم لا؟الذى قد صرح الشيخ و تبعه الأكثر الأول،و قال ابن إدريس بالثانى.

قال الشيخ فى النهايه:إذا مات انسان من غير وصيه كان على الناظر فى أمر المسلمين أن يقيم له ناظرا ينظر فى مصلحه الورثه،و يبيع لهم و يشترى، و يكون ذلک جائزا فان لم يكن السلطان الذى يتولى ذلک أو يأمر به،جاز لبعض المؤمنين أن ينظر فى ذلک من قبل نفسه،و يستعمل فيه الأمانه و يؤديها من غير إضرار بالورثه،و يكون ما يفعله صحيحا ماضيا.

و قال ابن إدريس:و الذی یقتضیه المذهب أنه إذا لم یکن سلطان یتولی ذلک فالأمر فیه الی فقهاء شیعه آل محمد علیهم السلام من ذوی الرأی و الصلاح، فإنهم علیهم السلام قد ولوهم هذه الأمور،و لا یجوز لمن لیس بفقیه ان یتولی ذلک بحال، فان تولاه فإنه لا یمضی شیء مما یفعله،لأنه لیس له ذلک بحال،فأما إن تولاه الفقیه مما یفعله،صحیح جائز ماض،انتهی.

و تردد المحقق فی الشرائع،و الواجب أولاـ ذکر ما وصل إلینا من الأخبار المتعلقه بالمقام،ثم الکلام فیها بما رزق الله فهمه منها بتوفیق الملک العلام و برکه أهل الذکر علیهم السلام.

و منها ما رواه

فی الکافی و التهذیب فی الصحیح عن محمد بن إسماعیل بن بزیع (۱)قال:

«مات رجل من أصحابنا،و لم یوص فرفع أمره الی قاضی الکوفه فصیر عبد الحمید القیم بماله،و کان الرجل خلف ورثه صغارا و متاعا و جواری، فباع عبد الحمید المتاع فلما أراد بیع الجواری ضعف قلبه فی بیعهن إذ لم یکن المیت صیر إلیه الوصیه و کان قیامه فیها بأمر القاضی لأنهن فروج قال:فذکرت ذلک لأبی جعفر علیه السلام فقلت له:یموت الرجل من أصحابنا و لا یوصی الی أحد و یخلف جواری فیقیم القاضی رجلاـ منا لبیعهن أو قال:یقوم بذلک رجل منا فیضعف قلبه، لأنهن فروج،فما تری فی ذلک؟قال:فقال:إذا کان القیم مثلک و مثل عبد الحمید فلا بأس».

و ما رواه

المشایخ الثلاثه(نور الله تعالی مراقدهم)عن علی بن رئاب (۲)فی الصحیح فی بعض طرقه قال:

«سألت أبا الحسن موسی علیه السلام عن رجل بینی و بینه قرابه،مات و ترک أولادا صغارا و ترک ممالیک و غلمان و جواری و لم یوص فما تری



---

۱- ۱) الکافی ج ۵ ص ۲۰۹ ح ۲،التهذیب ج ۹ ص ۲۴۰ ح ۹۳۲. الوسائل ج ۱۲ ص ۲۷۰ ح ۲.

۲- ۲) الکافی ج ۷ ص ۶۷ ح ۲،التهذیب ج ۹ ص ۲۳۹ ح ۹۲۸،الفقیه ج ۴ ص ۱۶۱ ح ۵۶۴.الوسائل ج ۱۳ ص ۴۷۴ ح ۱.

فیمن یشتری منهم الجاریه یتخذها أم ولد؟و ما تری فی بیعهم؟قال:فقال:ان کان لهم ولی یقوم بأمرهم باع علیهم و نظر لهم و کان مأجورا فیهم،قلت:فما تری فیمن یشتری منهم الجاریه یتخذها أم ولد؟قال:لا بأس بذلک،إذا باع علیهم القیم لهم الناظر فیما یصلحهم و لیس لهم أن یرجعوا فیما صنع القیم لهم و الناظر لهم فیما یصلحهم».

و ما رواه

فی الکافی و التهذیب عن إسماعیل بن سعد الأشعری (1)فی الصحیح قال:

«سألت الرضا علیه السلام عن رجل مات بغیر وصیه و ترک أولادا ذکرانا و غلمانا صغارا،و ترک جواری و ممالیک هل یستقیم أن تباع الجواری؟قال:نعم،و عن الرجل یصحب الرجل فی سفره فیحدث به حدث الموت،و لا یدرک الوصیه کیف یصنع بمتاعه و له أولاد صغار و کبار؟أ یجوز أن یدفع متاعه و دوابه الی ولده الأکابر أو إلی القاضی؟و ان کان فی بلده لیس فیها قاض کیف یصنع؟و ان کان دفع المال إلی ولده الأکبر و لم یعلم به فذهب و لم یقدر علی رده کیف یصنع؟ قال:إذا أدرک الصغار و طلبوا فلم یجد بدا من إخراجه،إلا أن یکون بأمر السلطان،و عن الرجل یموت بغیر وصیه و له ورثه صغار و کبار أ یحل شراء خدمه و متاعه من غیر أن یتولی القاضی بیع ذلک،فان تولاه قاض قد تراضوا به،و لم یستعمله الخلیفه أ یطیب الشراء منه أم لا؟فقال:إذا کان الأکابر من ولده معه فی البیع فلا بأس به إذا رضی الورثه بالبیع،و قام عدل فی ذلک».

و ما رواه

المشایخ الثلاثه عن سماعه (2)فی الموثق قال:

«سألت أبا عبد الله علیه السلام عن رجل مات و له بنون و بنات صغار و کبار من غیر وصیه و له خدم و ممالیک و عقد کیف یصنع الورثه بقسمه ذلک المیراث،قال ان قام رجل ثقه قاسمهم ذلک



---

۱- ۱) الکافی ج ۷ ص ۶۶ ح ۲،التهذیب ج ۹ ص ۲۳۹ ح ۹۲۷.الوسائل ج ۱۳ ص ۴۷۵ ح ۳.
۲- ۲) الکافی ج ۷ ص ۶۷ ح ۳،التهذیب ج ۹ ص ۲۴۰ ح ۹۲۹،الفقیه ج ۴ ص ۱۶۱ ح ۵۶۳.الوسائل ج ۱۳ ص ۴۷۴ ح ۲.

كله فلا بأس.

أقول:لا يخفى ان الظاهر من هذه الأخبار باعتبار ضم بعضـها الى بعض، و حمل مطلقها على مقيدها و مجملها على مفصلها هو ما صرح به الأكثر،فإنه هو الأقرب منها و الأظهر.

أما صـحيحه محمد بن إسـماعيل بن بزيع فإنه عليه السلام قد أجاب فيها (۱)«إذا اتفق أن القيم الذى نصـبه القاضى مثلك و مثل عبـد الحميـد يعنى فى الوثاقه و العداله فلا بأس»و من المعلوم أن نصب القاضـى عندنا فى حكم العدم،فمرجع الكلام إلى أنه ان تولى ذلك ثقه فلا بأس،و هو أظهر ظاهر فى المراد.

أمـا صـحيحه على بن رئاب فالولى فيها مجمل،يجب حمله على ما يـدل عليه غيرها من الحاكم الشـرعى أو عـدول المؤمنين كما عرفت و ستعرف ان شاء الله تعالى.

و أما صـحيحه إسـماعيل بن سـعد الأشـعرى فقد دل صدرها على جواز بيع الجوارى مع عدم وجود وصى كما هو المفروض فى السؤال و هو و ان كان مطلقا، لكن يجب تقييـد إطلاقه بتولى العـدول لذلك،كما نبه عليه فى آخر السؤال الأخير، بقوله فلا بأس إذا رضـى الورثه بـالبيع يعنى الكبـار منهم،و قام عـدل فى ذلك يعنى بالنسـبه إلى الصـغار،و أظهر من ذلك موثقه سـماعه حيث شرط عليه السلام فى صحه الميراث المذكور قيام ثقه عن الأطفال يقاسم البالغ منهم.

و بـالجمله فـإن الروايات المـذكوره ظاهره فى جواز قيام العـدل الثقه بـذلك، و أنه بهـذه الأخبار مأذون فى الـدخول،سواء وجد الإمام أم لا،و لا يبعد القول بجواز توليه ذلك أيضا مع وجود الفقيه الجامع للشرائط،و ان كان ظاهر الأصحاب خلاف ذلك،لأن القائلين بهـذا القول قيـدوا ذلك بتعـذر الفقيه،لأنه النائب العام كما تضـمنته مقبوله عمر بن حنظله (۲)و نحوهـا إلا أنه يمكن أن يقال:انه بهذه الأخبار قد حصل الإذن للثقه العدل منهم عليه السلام بتولى ذلك مطلقا،



---

۱- ۱) نقل بالمعنى.

۲- ۲) الكافى ج ۷ ص ۴۱۲ ح ۵،الوسائل ج ۱۸ ص ۳ ح ۴.

كما هو ظاهرها.

و أخبـار النيـابه موردها كما هو الظاهر من سـياقها انما هو الفتوى فى الأحكام،و القضاء بين الخصوم،و أما مثل الولايه على طفل أو مال غائب أو نحو ذلك،فليس فى الأخبار ما يدل على اختصاصه بالإمام أو الفقيه الجامع للشرائط.

نعم ذلـك وقع فى كلاـم الأصـحاب،و بـذلك يظهر لك ما فى كلام ابن إدريس من الضـعف و القصور لبنائه على أن الثقه غير مأذون له فى الدخول فى هذه الأمور.

قـال فى المسالـك:و يسـتثنى من موضع الخلاف ما يضـطر إليه الأطفال و الـدواب من المؤنه،و صـيانه المشـرف على التلف،فان ذلـك و نحوه واجب على الكفـايه على جميع المسـلمين،فضـلا عن العـدول منهم،حتى لو فرض عـدم ترک مورثهم مالاـ فمؤنه الأطفال و نحوهم من العاجز عن التكسب واجب على المسـلمين من أموالهم كفايه،كإعانه كل محتاج،و إطعام كل جائع يضـطر اليه،فمن مال المحتاج إليه أولى،انتهى.

و مرجع كلاـمه(قـدس سره)الى أن هـذه الأشـياء التى يضـطر إليهـا يجب إخراجها عن محل الخلاف،بمعنى أنها لا يتوقف على وجود الإمام أو النائب أو الثقه،فلو لم يوجـد أحـد منهم امتنع النظر فيه،بل يجب ذلک على الكافه وجوبا كفائيا ان لم يوجد أحد من هؤلاء،و هو جيد.

و قـال فى المسالـك أيضـا:اعلم أن الأـمور المفتقره إلى الولاـيه إمـا أن يكون أطفالا أو وصايا أو حقوقا أو ديونا فان كان الأول فالولايه فيهم لأبيه،ثم لجـده لأبيه،ثم لمن يليه من الأجـداد على ترتيب الولايه،الأقرب منهم الى الميت فالأقرب،فإن عـدم الجميع فوصـى الأب،ثم وصـى الجـد،و هكـذا فان عدم الجميع فللحاكم،و الولايه فى الباقى غير الأطفال للوصـى،ثم للحاكم،و المراد به السلطان العادل أو نائبه الخاص أو العام مع تعذر الأولين،الى ان قال:فان فقد الجميع

فهل يجوز أن يتولى النظر حينئذ فى تركه الميت من يوثق به من المؤمنين؟ قولان:ثم نقل القولين المتقدمين فى المسئله،و نفى البأس عن القول المشهور، و الله العالم.

**التاسعه:لو أوصى بالنظر فى مال ولده إلى أجنبى و له أب**

فللأصحاب فى ذلک أقوال ثلاثه:أحدها-البطلان مطلقا،لما تقدم فى کلام شيخنا الشهيد الثانى من أن ولايه الجد و ان علا على الولد مقدمه على ولايه وصى الأب،و حينئذ فإذا نصب الأب وصيا على ولده المولى عليه مع وجود أبيه أى جد الطفل لم يصح مطلقا،لأن ولايه الجد ثابته بأصل الشرع،فليس للأب نقلها عنه،و لا جعل شريک له فى ذلک.

و ثانيها-بطلان الولايه زمان ولايه الجد خاصه،بمعنى أنه لو أوصى الأب إلى أجنبى فإن ولايته تبطل ما دام الجد موجودا،و بعد موت الجد تعود الولايه إلى الوصى،لأن ولايه الأب شامله للأزمان کلها إلا زمان ولايه الجد،فيختص البطلان بزمان وجوده.

و رد بأن الأب لا ولايه له بعد موته مع وجود الجد،فإذا انقطعت ولايه الأب بموته لم يقع ولايه وصيه،فإذا مات الجد افتقر عود ولايته-لتؤثر فى منصب الوصى-إلى دليل،إذ الأصل عدم عودها،فلا تصح فى حال حياه الجد، و لا بعد موته.

و دعوى-أن ولايه الأب ثابته فى جميع الأزمان المستقبله التى من جملتها ما بعد موت الجد-غير معلوم،بل هو محل البحث و النزاع،کما لا يخفى، و انما المعلوم انقطاع ولايته بعد موته،مع وجود الجد بعده،لا ثبوتها بعد موت الجد.

و ثالثها-صحه الولايه فى الثلث خاصه،لأن له إخراجه عن الوارث أصلا، فيکون له إثبات ولايه غيره عليه بطريق أولى،و رد بمنع الولايه بل الملازمه،

فان ازاله الملک یقتضی إبطال حق الوارث منه أصلا،و هو الأمر الثابت له شرعا و أما بقائه فی ملک الوارث فإنه یقتضی شرعا کون الولایه علیه لمالکه،أو ولیه الثابت ولایته علیه بالأصاله،فلا یکون للأب علیه ولایه بالنسبه إلیه أصلا،و من ذلک ظهر أن أجود الأقوال الأول،و نقل الأول و الأخیر عن الشیخ فی المبسوط نقله فی المسالک.

### العاشره [فی نقل الأقوال فی وقت اعتبار الشروط فی صحه الوصایه] :

اختلف الأصحاب و غیرهم فی وقت اعتبار الشروط المعتبره فی صحه الوصایه من الکمال و الإسلام و الحریه و العداله و نحوها مما تقدم،هل هو عند الوصیه؟أو عند الموت؟أو من حین الوصیه مستمرا الی أن ینفذها بعد الموت، فقیل:بالأول،و هو مختار الأکثر،کما نقله فی المسالک،و المراد باعتبار وجودها حال الوصیه بمعنی وجودها قبلها،و لو بآن ما قضیه للشرطیه،فإن الشرط یعتبر تقدمه علی المشروط.

قالوا:و الوجه فی هذا القول أن هذه المذکورات شرائط صحه الوصیه، فإذا لم تکن حال إنشائها موجوده لم یکن العقد صحیحا،لأن عدم الشرط یوجب عدم المشروط کما فی شرائط سائر العقود،و لأنه فی وقت الوصیه ممنوع من التفویض الی من لیس بالصفات،و النهی فی المعاملات إذا توجه الی رکن العقد دل علی الفساد،و لأنه یجب فی الوصی أن یکون بحیث لو مات الموصی کان نافذ التصرف،مشتملا علی صفات الوصایه،و هو هنا منتف،لأن الموصی لو مات فی هذه الحال لم یکن الوصی أهلا لها.

و قیل:بالثانی و أن المعتبر اجتماعها عند الوفاه،حتی لو أوصی الی من لیس بأهل،فاتفق کماله عند الوفاه و استکماله الشرائط صحت الوصیه،لأن المقصود منها التصرف بعد الموت،فیعتبر اجتماع الشروط حینئذ،لأنه محل الولایه،و لا حاجه الی وجودها قبل ذلک،لانتفاء الفائده.

و قیل:بالثالث،و هو الاعتبار من حین الوصیه إلی حین الوفاه،و الی هذا

القول مال شيخنا الشهيد فى الدروس،حيث قال(عطر الله مرقده)بعد ذكر الشرائط:ثم هذه الشرائط معتبره منذ الوصيه إلى حين الموت،فلو اختل أحدها فى حاله من ذلك بطلت.و قيل:يكفى حين الوصيه،و قيل:حين الوفاه.

قالوا:و الوجه فى هذا القول،أما حين الوصيه،فلما تقدم فى توجيه القول الأول،و أما الاستمرار الى حين الوفاه،فلأن الوصايه من العقود الجائزه،فمتى عرض اختلال أحد شرائطها بطلت كنظائرها،و لأن المعتبر فى كل شرط حصوله فى جميع أوقات المشروط،فمتى أخل فى أثناء الفعل وجب فوات المشروط إلا ما استثنى فى قليل من الموارد بدليل من خارج.

قال فى المسالك:و ربما يقال:أنه لا يستثنى منه شيء لأن ما خرج عن ذلك يدعى أن الفعل المحكوم بصحته عند فوات الشرط ليس مشروطا به مطلقا، بل فى بعض الأحوال دون بعض،و هذا أولى،انتهى.

و قيل:و هو الرابع أن المعتبر وجود الشرائط من حال الوصيه الى أن ينتهى متعلقها بأن يبلغ الطفل و يخرج الوصايا و يقضى الديون و غير ذلك،لأن اشتراط هذه الأمور يقتضى فوات مشروطها متى فات بعضها فى كل وقت،فلو فرض فوات بعضها بعد الوصيه الى قبل انتهاء الولايه بطلت،قال فى المسالك بعد ذكر ذلك:و هذا هو الأقوى.

أقول:مبنى هذه الأقوال كلها على أن الوصيه عقد،فيجب أن يراعى فيه ما يراعى فى سائر العقود و من القواعد المقرره عندهم أن العقد إذا كان مشروطا بشرط،فهو عدم عند عدم شرطه،فهذا العقد إذا كان مشروطا بكون الموصى إليه معتبرا بهذه الصفات،فلا بد من وجود هذه الصفات،و إلا لبطل.

بقى الكلام و الخلاف فى وقت اعتبارها،هل هو حال الوصيه خاصه،أو عند الوفاه؟أو من حين الوصيه إلى حين الوفاه؟أو إلى ان ينتهى متعلق الوصايه؟و أنت خبير بأن كون الوصيه عقد مثل سائر العقود،فيشترط فيها ما يشترط فيها،و ان كان

هو المشهور فی کلامهم،بل ظاهرهم الاتفاق علیه،إلا أنه لم یقم علیه دلیل ترکن النفس الیه،بل ربما ظهر من الأخبار خلافه،فإنهم قد جعلوا أیضا من جمله الواجبات فیه بناء علی کونها عقدا القبول،مع أنا لم نقف فیه علی دلیل،بل ربما دل الدلیل علی خلافه،و قد تقدم الکلام فی ذلک فی جمله من مسائل المقصد الأول،و غایه ما یستفاد من الأخبار أن الوصیه بالنسبه الی الموصی له لا یخرج عن العطیه، و بالنسبه إلی الوصایه لا یخرج عن الاذن و الاستنابه،و لا عقد هنا بالکلیه.

فمما یدل علی ما قلناه فی الوصایه ما تقدم فی المسئله الثانیه من خبر

علی بن یقطین (۱)فی

«رجل أوصی الی امرأه و أشرک فی الوصیه معها صبیا فقال علیه السلام:

یجوز ذلک،و تمضی المرأه الوصیه،و لا تنتظر بلوغ الصبی». الخبر فإنه لا یدل علی أزید من أن الرجل أمر المرأه بأن تنفذ ما عینه لها فیه،و استنابها،و ضم إلیها الصبی المذکور،و أی عقد هنا یفهم من هذا الکلام أو قبول لفظی کما اعتبروه فی المقام،و نحو ذلک

صحیحه الصفار المذکوره (۲)ثمه فی

«رجل أوصی الی ولده و فیهم کبار و صغار أ یجوز للکبار ان ینفذوا وصیته،و یقضوا دینه،قبل أن یدرک الأوصیاء الصغار؟فوقع علیه السلام:نعم»الخبر:. فان المتبادر من هذا الکلام أن الموصی استناب أولاده،و أمرهم و اذن لهم فی تنفیذ هذه الوصایا بأن قال:

افعلوا کذا و کذا،فوجب علیهم بعد موته القیام بذلک،و أی دلاله لهذا الکلام علی عقد فی المقام،و علی هذا النهج جمله الأخبار،کما لا یخفی علی من جاس خلال الدیار،فان سموا مثل هذا الأمر و الاذن و الاستنابه عقدا فلا مشاحه فی التسمیه،و لکن ما ذکروه من ترتب أحکام العقود علیه ممنوع،و إلا لجری ذلک فی کل من أمر شخصا بأمر،و أذن له فی فعل.

و بالجمله فإنک عرفت فی المباحث السابقه أن ما یدعونه من العقد فی کثیر من تلک المواضع لا یخلو من الإشکال أیضا.



---

۱- ۱) الکافی ج ۷ ص ۴۶ ح ۱،الوسائل ج ۱۳ ص ۴۳۹ ح ۲.
۲- ۲) الکافی ج ۷ ص ۴۶ ح ۲،الوسائل ج ۱۳ ص ۴۳۸ ح ۱.

إذا عرفت ذلک و ثبت أن غایه ما تدل علیه الأخبار هو الاذن و الاستنابه فی تنفیذ هذه الأمور الموصی بها.

فنقول:ینبغی أن تکون تلک الشروط محلها وقت التنفیذ،و اعتبارها فی ذلک الوقت،و هذا یرجع الی القول الثانی من الأقوال المتقدمه،و ما طعن به فی المسالک-علی هذا القول و رده به-من قوله و یضعف بأن الوصایه لما کانت عقدا و لم یحصل شروطها حاله الإیجاب وقع العقد فاسدا،فیه ما عرفت من أنه لا دلیل علی هذا العقد الذی بنوا الکلام علیه فی المقام و غیره،و کلامنا انما هو مبنی علی عدمه،فلا یرد علینا ما أورده،و لعل القائل بهذا القول من أصحابنا أیضا یمنع کون الوصیه عقدا فلا یرد علیه ما أورده،و هذه الأقوال مع التعلیلات التی ذیلت بها کلها للعامه،کما لا یخفی علی من راجع کتاب التذکره،و غیره من الکتب التی تصدوا فیها لنقل أقوالهم.

و فیها من البعد عن ساحه الأخبار ما لا یخفی علی ذوی البصائر و الأبصار، و لأصحابنا فی عدد الأقوال فی المسئله اضطراب،فمنهم من أنها إلی أربعه حسبما ذکرناه کشیخنا الشهید الثانی فی المسالک،و منهم من جعلها ثلاثه کشیخنا الشهید فی الدروس و شرح الإرشاد،و منهم من رجعها الی اثنین خاصه،کالمحقق و الشیخ،و لکل وجه اعتباری یدفعه ما ذکره غیره،و الله العالم.

## المقصد السابع فی اللواحق:

### اشاره

و فیه أیضا مسائل

### [المسأله] الاولی [فی حکم منجزات المریض] :

### اشاره

اختلف الأصحاب(رضی الله عنهم)فی منجزات المریض،و المراد بها المعجله حال الحیاه إذا کانت تبرعا کالمحابات فی المعاوضات من البیع بأقل من ثمن المثل،و الشراء بأزید منه،و الهبه،و الصدقه،و الوقف، و العتق،و بالجمله فما اشتمل علی تفویت المال بغیر عوض،کالهبه و ما بعدها، و المحاباه کالأولین،و نحوهما،هل یخرج من الأصل أو الثلث؟مع الاتفاق علی

أنه لو برء،من مرضه لزم ذلك،و كان مخرجه من الأصل،و انما الخلاف فيما لو مات فی مرضه ذلک،فذهب الشیخان فی النهایه و المقنعه و ابن البراج و ابن إدریس إلی أنه من الأصل،و هذا القول هو الظاهر عندی من الأخبار بعد النظر فیها بعین التأمل و الاعتبار،و الیه مال جمله أفاضل متأخری المتأخرین،کالمحدث الشیخ محمد بن الحسن الحر العاملی،و الفاضل المولی محمد باقر الخراسانی فی الکفایه،و المحدث الصالح الشیخ عبد الله بن صالح البحرانی(قدس الله أرواحهم).

و ذهب الشیخ فی المبسوط،و الصدوق،و ابن الجنید الی أن ذلک من الثلث و هو المشهور بین المتأخرین و منشأ الخلاف المذکور اختلاف الأخبار فی ذلک و اختلاف الأنظار و الأفهام فی تلک المدارک،و ها أنا أذکر أدله کل من القولین مذیلا لها بما تنکشف به ان شاء الله تعالی غشاوه الاشکال،و یجتمع به علی وجه لا یعتریه الاختلال مستمدا منه سبحانه إفاضه الصواب،و العصمه من الوقوع فی شباک الاضطراب و الارتیاب.

فأقول:مما یدل علی القول الأول و هو الذی علیه القول،ظاهر قوله عز و جل (۱)«فَإِنْ طِبْنَ لَکُمْ عَنْ شَیْءٍ مِنْهُ نَفْساً فَکُلُوهُ هَنِیئاً مَرِیئاً» .

و قد روی الشیخ فی الصحیح عن زراره (۲)

«عن أبی عبد الله علیه السلام فی حدیث قال:فقال «فَإِنْ طِبْنَ لَکُمْ عَنْ شَیْءٍ مِنْهُ نَفْساً» و هذا یدخل فیه الصداق و الهبه».

و التقریب أنه دل بإطلاقه علی ما یشمل الصحه و المرض،فتکون الآیه داله بمعونه تفسیرها بالخبر المذکور علی صحه الهبه فی مرض الموت مطلقا من غیر تقیید بالثلث.

و منها ما رواه

المشایخ الثلاثه(عطر الله مراقدهم)فی الموثق عن عمار



---

۱- ۱) سوره النساء-الایه ۴.

۲- ۲) الکافی ج ۷ ص ۳۰ ح ۳،التهذیب ج ۹ ص ۱۵۲ ح ۶۲۴،الوسائل ج ۱۳ ص ۴۳۹ ح ۱.

الساباطى (۱)«أنه سمع أبا عبد الله علیه السلام یقول:صاحب المال أحق بماله ما دام فیه شیء من الروح،یضعه حیث یشاء».

و ما رواه

فی الکافی و التهذیب عن سماعه (۲)قال:

«قلت لأبی عبد الله علیه السلام الرجل یکون له الولد أ یسعه أن یجعل ماله لقرابته؟قال:هو ماله یصنع به ما یشاء،الی أن یأتیه الموت».

و رواه المشایخ الثلاثه عن أبی بصیر (۳)عن أبی عبد الله علیه السلام مثله.

و ما قیل:من احتمال أن یکون المراد بإتیان الموت ما یشمل حضور مقدماته،فیشمل مرض الموت،فهو من الاحتمالات البارده،و التخریجات الکاسده کما یکشف عنه تتمته فی بعض طرق

صاحب الکافی فإنه رواه بطریق آخر الی أبی بصیر (۴)عنه علیه السلام و زاد فیه

«ان لصاحب المال أن یعمل بماله ما شاء ما دام حیا ان شاء وهبه،و ان شاء تصدق به،و ان شاء ترکه،الی أن یأتیه الموت، فان أوصی به فلیس إلا الثلث،إلا أن الفضل فی أن لا یضع من یعوله،و لا یضر بورثته».

و ما رواه

فی الکافی و التهذیب فی الحسن بإبراهیم بن هاشم (۵)أو الصحیح علی القول بصحه حدیثه،و هو المختار،وفاقا لجمع من علمائنا الأبرار عن أبی شعیب المحاملی عن أبی عبد الله علیه السلام قال:

الإنسان أحق بماله ما دامت الروح فی بدنه».



---

۱- ۱) الکافی ج ۷ ص ۷ ح ۱،التهذیب ج ۹ ص ۱۸۶ ح ۷۴۸،الفقیه ج ۴ ص ۱۴۹ ح ۵۱۷.
۲- ۲) الکافی ج ۷ ص ۸ ح ۵،التهذیب ج ۹ ص ۱۷۸ ح ۷۴۹.الوسائل ج ۱۳ ص ۳۸۱ ح ۴.
۳- ۳) الکافی ج ۷ ص ۸ ح ۸،التهذیب ج ۹ ص ۱۸۷ ح ۷۵۰،الفقیه ج ۴ ص ۱۴۹ ح ۵۱۸.الوسائل ج ۱۳ ص ۳۸۱ ح ۱.
۴- ۴) الکافی ج ۷ ص ۸ ح ۱۰.الوسائل ج ۱۳ ص ۳۸۱ ح ۲.
۵- ۵) الکافی ج ۷ ص ۸ ح ۹،التهذیب ج ۹ ص ۱۸۷ ح ۷۵۱.الوسائل ج ۱۳ ص ۳۸۱ ح ۴ و ۱ و ۲ و ص ۳۸۳ ح ۸.الوسائل ج ۱۳ ص ۳۸۳ ح ۸.

و عن إبراهيم بن أبی بکر السمال الأزدی (۱)عمن أخبره

«عن أبی عبد الله علیه السلام قال:المیت أولی بماله ما دام فیه الروح».

و ما رواه

فی الکافی و الفقیه عن مرازم (۲)عن بعض أصحابنا

«عن أبی عبد الله علیه السلام فی الرجل یعطی الشیء من ماله فی مرضه؟فقال إذا أبان فیه فهو جائز،و ان أوصی به فهو من الثلث».

أقول:المراد بقوله«أبان فیه»أبی ینزه و عزله و سلمه الی من أعطاه إیاه و لم یعلق إعطائه علی موته.

و ما رواه

المشایخ الثلاثه(نور الله تعالی مراقدهم)عن عمار الساباطی (۳)فی الموثق

«عن أبی عبد الله علیه السلام قال:المیت أحق بماله ما دام فیه الروح یبین به فان تعدی فلیس له إلا الثلث»،. هکذا فی الفقیه و بعض نسخ الکافی،و فی التهذیب عوض«فان تعدی»«فان قال بعدی،و هو الأنسب،بقوله یبین به، و فی بعض نسخ الکافی هکذا«قال:قلت له:المیت أحق بماله فیه الزوج و یبین به؟قال:نعم،فإن أوصی به فلیس له إلا الثلث»و هذا هو المناسب.

و ما رواه

المشایخ المذکورون أیضا عن عمار بن موسی (۴)الموثق من بعض طرقه

«عن أبی عبد الله علیه السلام قال:الرجل أحق بماله ما دام فیه الروح،ان أوصی به کله فهو جائز له». و هذا الخبر حمله الشیخ بالنظر الی ما تضمنه عجزه تاره علی وهم الراوی،و أخری علی فقد الوارث،و ثالثه علی ما إذا أجاز الورثه.

و ما رواه

فی التهذیب فی الموثق عن عمار الساباطی (۵)

«عن أبی عبد الله علیه السلام



---

۱- ۱) الکافی ج ۷ ص ۷ ح ۳،التهذیب ج ۹ ص ۱۸۷ ح ۷۵۲.الوسائل ج ۱۳ ص ۳۸۱ ح ۳.
۲- ۲) الکافی ج ۷ ص ۸ ح ۶،الفقیه ج ۴ ص ۱۴۹ ح ۵۱۹. الوسائل ج ۱۳ ص ۳۸۲ ح ۶.

۳- ۳) الکافی ج ۷ ص ۸ ح ۷،التهذیب ج ۹ ص ۱۸۸ ح ۷۵۶،الفقیه ج ۴ ص ۱۳۷ ح ۴۷۷ الوسائل ج ۱۳ ص ۳۸۲ ح ۷.
۴- ۴) الکافی ج ۷ ص ۷ ح ۲،التهذیب ج ۹ ص ۱۸۷ ح ۷۵۳،الفقیه ج ۴ ص ۱۵۰ ح ۵۲۰ الوسائل ج ۱۳ ص ۳۸۲ ح ۵.
۵- ۵) التهذیب ج ۹ ص ۱۹۰ ح ۸۶۴ الوسائل ج ۱۳ ص ۳۸۳ ح ۱۰.

فی رجل یجعل بعض ماله لرجل فی مرضه؟قال:إذا أبانه جاز».

هذا ما حضرنی من أدله القول المذکور،و هی کما تری علی ما قلناه ظاهره الدلاله تمام الظهور،لا یعتریها فتور و لا قصور.

و أما ما یدل علی القول الآخر،فمنه

روایه علی بن عقبه (1)

«عن الصادق علیه السلام فی رجل حضره الموت فأعتق مملوکا له لیس له غیره،فأبی الورثه أن یجیزوا ذلک کیف القضاء فیه؟قال:ما یعتق منه إلا ثلثه،و سائر ذلک،الورثه أحق بذلک،و لهم ما بقی».

و موثقه سماعه (2)قال:

«سألته عن عطیه الوالد لولده؟فقال أما إذا کان صحیحا فهو له یصنع به ما شاء فأما فی مرض فلا یصلح».

و صحیحه الحلبی (3)قال:

«سئل أبو عبد الله علیه السلام عن المرأه تبرأ زوجها من صداقها فی مرضها؟قال:لا».

و موثقه سماعه (4)قال:

«سألته عن الرجل یکون لامرأته علیه الصداق أو بعضه فتبرءه منه فی مرضها؟قال:لا و لکنها ان وهبت له جازما وهبت له من ثلثها».

و روایه أبی ولاد (5)قال:

«سألت أبا عبد الله علیه السلام عن الرجل یکون لامرأته علیه الدین فتبرءه منه فی مرضها؟قال:بل تهبه له فتجوز هبتها له،و یحسب ذلک من ثلثها ان کانت ترکت شیئا».

و صحیحه علی بن یقطین (6)قال:

«سألت أبا الحسن علیه السلام ما للرجل من ماله عند موته؟قال:الثلث و الثلث کثیر».



---

۱- ۱) التهذیب ج ۹ ص ۱۹۴ ح ۷۸۱.الوسائل ج ۱۳ ص ۳۶۵ ح ۴.

۲- ۲) التهذیب ج ۹ ص ۲۰۰ ح ۸۰۰.الوسائل ج ۱۳ ص ۳۸۴ ح ۱۱.

۳- ۳) التهذیب ج ۹ ص ۲۰۱ ح ۸۰۲.الوسائل ج ۱۳ ص ۳۸۴ ح ۱۵.

۴- ۴) التهذيب ج ۹ ص ۲۰۱ ح ۸۰۳.الوسائل ج ۱۳ ص ۳۸۴ ح ۱۶.
۵- ۵) التهذيب ج ۹ ص ۱۹۵ ح ۷۸۳.الوسائل ج ۱۳ ص ۳۶۷ ح ۱۱.
۶- ۶) التهذيب ج ۹ ص ۲۴۲ ح ۹۴۰.الوسائل ج ۱۳ ص ۳۶۳ ح ۸.

و صحیحه یعقوب بن شعیب (۱)قال:

«سألت أبا عبد الله علیه السلام عن الرجل یموت ماله من ماله؟قال:له ثلث ماله،و للمرأه أیضا».

و روایه عبد الله بن سنان (۲)عن أبی عبد الله علیه السلام قال:

«للرجل عند موته ثلث ماله،و ان لم یوص فلیس علی الورثه إمضاءه».

هذا ما حضرنی من الأخبار التی استدلوا بها لهذا القول،و أنت خبیر بأن ترجیح أخبار القول الأول ظاهر من وجوه:أحدها-اعتضادها بظاهر القرآن بالتقریب الذی قدمنا ذکره،و هو أحد المرجحات الشرعیه التی دلت علیها مقبوله عمر بن حنظله (۳)و غیرها من عرض الأخبار عند الاختلاف علی القرآن،و الأخذ بما وافقه و طرح ما خالفه.

و ثانیها-أن أخبارنا مخالفه للعامه،و أخبار الخصم موافقه لهم،کما نبه علیه کثیر من أصحابنا من أن أکثر العامه علی القول بمضمون الأخبار الأخیره، و من أخبارهم فی هذه المسئله ما نقله

شیخنا فی المسالک عن صحاحهم (۴)

«من أن رجلا من الأنصار أعتق سته أعبد فی مرضه لا مال له غیرهم،فاستدعاهم النبی (صلی الله علیه و آله و سلم)،و جزأهم ثلاثه أجزاء و أقرع بینهم فأعتق اثنین و أرق أربعه. قال(قدس سره):و علی هذه الروایه اقتصر ابن الجنید فی کتابه الأحمدی، و هذه القاعده أیضا أحد القواعد المنصوصه عنهم(صلوات الله علیهم)فی مقام الترجیح بین الأخبار فی مقام الاختلاف.

و لکن أصحابنا(رضوان الله علیهم)کما قدمنا ذکره فی غیر موضع و لا سیما فی کتب العبادات قد ألغوا العمل بهذه القواعد المنصوصه عن أئمتهم(صلوات الله



---

۱- ۱) التهذیب ج ۹ ص ۱۹۱ ح ۷۷۰.الوسائل ج ۱۳ ص ۳۶۲ ح ۲.
۲- ۲) التهذیب ج ۹ ص ۲۴۲ ح ۹۳۹.الوسائل ج ۱۳ ص ۳۶۳ ح ۷.
۳- ۳) الکافی ج ۷ ص ۴۱۲ ح ۵.الوسائل ج ۱۸ ص ۳ و ۴.
۴- ۴) المسالک ج ۱ ص ۴۲۴،المستدرک ج ۲ ص ۵۲۱ الباب ۱۶ ح ۳.

علیهم)و اتخذوا لهم قواعد لا دلیل علیها،و لا مستند لها من الجمع بین الأخبار بحمل الأمر علی الاستحباب،و النهی علی الکراهه،و جعلوا ذلک قاعده کلیه فی جمیع أبواب الفقه،و ان عارضتها تلک القواعد المنصوصه کما لا یخفی علی المتتبع لکلامهم فی الخائض فی بحور نقضهم و إبرامهم.

و ثالثها-أن ما استدللنا به من الأخبار صریح الدلاله علی المطلوب و المراد، عار عن وصمه الطعن و الإیراد،و لهذا ان متأخری أصحابنا القائلین بالمشهور بینهم انما یتیسر لهم الطعن فی أسانیدها،بناء علی هذا الاصطلاح المحدث-و علی هذا فمن لا یری العمل به-کما هو الحق الحقیق بالاتباع حسبما جری علیه متقدمو علمائنا للصدور عنهم،و الاتباع-فلا مجال للطعن بذلک عنده،علی أنک قد عرفت أن فیها الصحیح و الموثق،و هم قد عملوا بالموثقات فی مواضع لا تحصی، و غمضوا العین عن مخالفه اصطلاحهم.

و بالجمله فإنک قد عرفت أنه لا مسرح للطعن فی دلالتها،بخلاف أخبارهم، فإنها غیر خالیه عن الإجمال،المانع من الاستناد إلیها فی الاستدلال،کما سیأتیک بیانه ان شاء الله تعالی فی المقام.

و رابعها-اعتضاد أخبارنا بالإجماع علی صحه التصرف المدلول علیه

بقوله (صلی الله علیه و آله و سلم) (۱)

«الناس مسلطون علی أموالهم». خرج منه ما خرج من التصرف المعلق علی الموت بدلیل،و بقی الباقی لعدم الدلیل الناص علی الخروج کما سیظهر لک ان شاء الله تعالی.

و خامسها-اتفاق القائلین من الطرفین علی لزوم التصرف لو برء عن مرضه، و أنه ینفذ من الأصل،و هذا لا وجه له علی القول الآخر،إلا باعتبار أن یکون صحیحا غیر لازم،موقوفا علی الإجازه من الوارث ان مات،فیکون البرء کاشفا عن الصحه و اللزوم و اجازه الوارث،و عدمها کاشفا عن اللزوم و عدمه،حسبما



---

۱- ۱) البحار ج ۲ ص ۲۷۲ ح ۷.

قالوه فی بیع الفضولی.

و أنت خبیر بأنه و ان اشتهر ذلک فی کلامهم،و بنوا علیه فی نقضهم و إبرامهم، إلا أنا لم نظفر له بدلیل فی أمثال هذه المقامات،إلا علی وجوه اعتباریه لا تصلح أن تکون مستندا فی الأحکام الشرعیه،کما حققنا ذلک بما لا مزید علیه فیما تقدم فی مسئله البیع الفضولی من کتاب البیع (۱)حیث إن المشهور بینهم صحته لوجوه اعتباریه،لفقوها و تخریجات وهمیه صوروها،مع أن الأخبار تردها و تمنعها کما أوضحنا ذلک فی الموضع المشار إلیه بأوضح بیان،لم یسبق إلیه أحد من علمائنا الأعیان،و یزیده تأکیدا أنه لا یخفی أن مقتضی الأدله کتابا و سنه هو وجوب الوفاء بالعقود،و ترتب أثرها علیها من جواز التصرف بجمیع أنواع التصرفات، و إبطال ذلک یحتاج الی دلیل قاطع،لیمکن الخروج به عن الدلیل الأول،فما خرج بدلیل وجب الوقوف فیه علی ما اقتضاه الدلیل،و ما لم یقم علیه دلیل من کتاب و سنه فهو باق علی مقتضی الدلیل الأول و حینئذ فلزوم التصرف بعد البرء فی موضع النزاع کما وقع علیه الاتفاق،انما نشأ من لزوم الوصیه أولا فی حال المرض،کما ندعیه،الا انه انما وقعت الوصیه صحیحه غیر لازمه کما یدعونه، حتی فرعوا علیه هذا القول.

و سادسها-ما تقدمت الإشاره إلیه من عدم صلوح هذه الروایات لمعارضه ما ذکرناه من الأخبار،لما فیها من الإجمال،بل الاختلال فی جمله منها،و الاعتلال الموجب لسقوطها عن درجه الاستدلال،و ها نحن نشیر الی تلک الأخبار علی التفصیل.

فمنها روایه علی بن عقبه،و هی أوضح أدله القائلین بذلک القول المشهور، و أظهر الوجوه فیها عندی هو الحمل علی التقیه،لمطابقتها کما عرفت للروایه العامیه،و تعارضها علی الخصوص،بما رواه

فی الفقیه عن هارون بن مسلم عن

ص :۶۰۵

---

۱- ۱) ج ۱۸ ص ۳۷۶.

مسعده بن صدقه (۱)«عن جعفر بن محمد عن أبيه عليهما السلام أن رجلا من الأنصار توفى و له صبيه صغار،و له سته من الرقيق،فأعتقهم عند موته،و ليس له مال غيرهم،فأتى النبى(صلى الله عليه و آله و سلم)فأخبر فقال:ما صنعتم بصاحبكم؟ قالوا:دفناه قال:لو علمت،ما دفناه مع أهل الإسلام،ترك ولده يتكففون الناس».

و ظاهر الخبر نفوذ الوصيه حيث لم يحكم(صلى الله عليه و آله و سلم) بتخصيص الصحه بالثلث،كما تضمنه خبر على بن عقبه،و كذا الخبر العامى، بل حكم بصحتها،حيث ذمه«بأنه ترك ولده يتكففون الناس»أى يسألونهم بأكفهم،فلو لا الحكم بصحتها لما كان لهذا الكلام معنى،و الخبر إما محمول على الكراهه المؤكده كما ظاهر من كلام الأصحاب،و اليه يشير قوله عليه السلام فى روايه سماعه المتقدمه بروايه صاحب الكافى«إلا أن الفضل فى أن لا يضيع من يعوله،و لا يضر بورثته»،أو التحريم،و لا ينافيه نفوذ الوصيه،كما صرح به المحدث الكاشانى فى الوافى.

و كيف كان فالخبر المذكور من الأخبار الداله على ما ذكرنا،و ان لم نذكره فيما سبق.

و احتمل فى المسالك أيضا حمل روايه على بن عقبه على الوصيه،قال:

لأن حضور الموت قرينه منعه من مباشره العتق،و يجوز نسبه العتق اليه لكونه سببه القوى بواسطه الوصيه،قال:و هذا و ان كان بعيدا،إلا أنه مناسب،حيث لم يبق للروايه عاضد،انتهى.

و لا يخفى ما فيه،و ما ذكرناه من الحمل على التقيه هو الأظهر،لكنهم (رضى الله عنهم)حيث لم يلتفتوا الى هذه القواعد فى الجمع بين الأخبار،كما قدمنا ذكره،اضطروا الى مثل هذه التحزيجات البعيده.

ثم إنه على تقدير تسليمها فموردها خاص،و المدعى أعم من ذلك،و دعوى



---

۱- ۱) الفقيه ج ۴ ص ۱۳۷ ح ۴۷۸،الوسائل ج ۱۳ ص ۳۸۳ ح ۹.

الأولويه ممنوعه،بل هو قياس محض،و عدم القائل باختصاص الحكم به لا يسوغ قياس غيره عليه.

و منهـا موثقه سـماعه الأولى و فى معناها روايه جراح المـدائنى،و أول ما فيهما أنه لا قائل بهما على ظاهرهما،لأن ظاهرهما المنع من عطيه الوالـد لولـده فى المرض مطلقـا،زاد على الثلث أم لا-بـل بلغ الثلث أو لم يبلـغ،و الحمـل على معنـاه أنه لا- يصـلح من الأصـل،بـل يصـلح من الثلث،و ان كـان صـحيحا فى حـد ذاته،إلا- أنه بعيـد من سـياق الخبرين،إذ لا يعتبر فى شـىء من الخبرين للأصـل و الثلث،و انمـا السؤال عن العطيه بقول مطلق،فأجـاب عليه السـلام«أنه فى حال الصـحه يفعل ما يشاء، و فى حال المرض فليس له ذلك».

و الثانى-انهما أخص من المدعى،فلا ينهضان حجه على العموم.

الثالث-احتمال حمل العطيه فى المرض على الوصـيه،و لعله الأقرب للاعتبار،ليحصل به الجمع بين الأخبار،بمعنى أنه حينئذ أنه لا يوصـى له بما زاد على الثلث،و أما فى الصـحه فإن له أن يعطيه ماله جميعا،و يبينه به،و الشـيخ فى التهذيبين حمل حديث سـماعه المذكوره تاره على الكراهه،لأنه إضـرار بسائر الورثه و إيحاش لهم،و أخرى على ما إذا لم يكن على جهه الوصـيه،بل يكون هبه من غير ابـانه و تسـليم،و اعترضه المحـدث الكاشانى فى الوافى،فقال:التأويل الأول ينافيه ما مر من تحريم الإضـرار،و الثانى ينافيه قوله مع اشتراط الجواز بالصـحه، بينه فى حـديث جراح،بـل سـائر مـا بعـده من أخبار هـذا الباب،فإن الإبراء و هبه ما فى الـذمه لا يفتقران إلى الإبـانه،فالصواب أن تحمل هـذه الأخبار على ظواهرها، و يخص المنع من العطيه فى المرض بمورده أعنى الوارث،و سره ما ذكره فى التهذيبين من الايحاش،فان فعل حسبت من الثلث،كما تدل عليه الأخبار الأخيره،انتهى.

أقول:فيه أولا أن ما ذكره الشيخ من تأويل روايه سماعه بحمل المنع

من عطیه الولد فی المرض علی الکراهه جید،لا بأس به.

قوله«أنه ینافیه ما مر من تحریم الإضرار»إشاره إلی ما قدمنا نقله عنه من جمله حدیث مسعده بن صدقه الدال علی قوله(صلی الله علیه و آله و سلم)ما دفناه مع أهل الإسلام علی تحریم العتق،کذلک مردود،بأن الظاهر انما هو حمله علی تأکید الکراهه،کما یشیر الیه خبر سماعه الذی أشرنا إلیه ثمه و قوله علیه السلام فیه«إلا أن الفضل أن لا یضیع من یعوله،و لا یضر بورثته»فان الخبر صریح فی کراهیه الإضرار،دون التحریم الذی توهمه،و کم لهم علیهم السلام من المبالغه فی النهی عن المکروهات ما یلحقها بالمحرمات،و الأمر بالمستحبات مما یدخلها فی حیز الواجبات کما لا یخفی علی الفطن البصیر،و لا ینبئک مثل خبیر.

و ثانیا-أن تخصیصه هذه الأخبار بمعنی المنع من العطیه فی المرض بالوارث، مردود بما قدمناه من تکاثر الاخبار و اتفاق الأصحاب علی جواز الوصیه للوارث، و عطیته فی المرض،و أن المنع من ذلک انما هو مذهب العامه،کما تقدم فی المسئله الثانیه من المقصد الخامس،و تقدم أن ما دل علی خلاف ذلک فهو محمول علی التقیه.

و ثالثا-أنه مع تسلیم ما ذکره من تخصیص المنع من العطیه فی المرض بالوارث،ففیه أن إثبات حکم کلی بورود ذلک فی جزئی خاص سیما مع عدم الصراحه کما عرفت لا یخلو من الاشکال.

و رابعا-أنه إذا کان متی فعل،صح و حسب من الثلث،فأی اختصاص بالمنع بالوارث،إذ الاحتساب من الثلث مما لا نزاع فیه،لوارث کان أو أجنبی،فلا یظهر لمنع الوارث هنا وجه.

و بالجمله فإن کلامه هنا لا یخلو عندی من النظر الظاهر،للخبیر الماهر

و منها صحيحه الحلبى (۱)و ما فى معناها من موثقه سماعه الثانيه (۲)، و روايه أبى ولاد (۳)و أول ما فيها ما ذكره شيخنا فى المسالك من أن مضمونها لا يقول به أحد،لأن الإبراء مما فى الذمه صحيح بالإجماع،دون هبته،فالحكم فيها بالعكس،فكيف يستند الى مثل ذلك.

الثانى-أنها أخص من المدعى فلا تنهض حجه على العموم.

الثالث-معارضتها بظاهر الآيه المفسره فى صحيحه زراره (۴)بالصداق، و أنه متى طابت نفسها عنه بإبراء أو هبه حل له فى مرض كان أو صحه زاد على الثلث أو نقص،كل ذلك لإطلاق الآيه،و الخبر المذكور،فان قيل:ان إطلاق الآيه و الخبر المفسر لها يجب تخصيصه بهذه الأخبار،قلنا:هذه الأخبار حيث كانت معلومه بما عرفت من المنع من جواز الإبراء الذى لا خلاف و لا إشكال فى جوازه،يشكل الاعتماد عليها فى التخصيص،سيما ان الآيه و الخبر المذكورين قد اعتضدا بالأخبار الكثيره المتقدمه فى أدله القول الأول،فالتخصيص لهما تخصيص للجميع،و هذه الأخبار للعله المذكوره مع خصوص موردها كما عرفت يضعف عن تخصيص الجميع.

و أما ما تكلفه جمع من متأخرى مشايخنا(رفع الله أقدارهم)فى الجواب عن الطعن الأول فى هذه الروايات،بالحمل على أنه عليه السلام كان يعلم أن حق المرأه لم ينتقل إلى ذمه الرجل،و انما كان عينا موجوده،فلأجل ذلك منع من الإبراء الذى لا يقع إلا على ما فى الذمه،و أمر بالهبه،فلا يخفى ما فيه،على الفطن النبيه، من التكلف و التعسف الذى يدركه كل ناظر و يعيه،على أن هذا الاحتمال إنما ذكروه فى روايه سماعه،و غايه إمكانه،قصره على قضيه واحده،مع أن روايه



---

۱- ۱) التهذيب ج ۹ ص ۲۰۱ ح ۸۰۲.الوسائل ج ۱۳ ص ۳۸۴ ح ۱۵.
۲- ۲) التهذيب ج ۹ ص ۲۰۱ ح ۸۰۳.الوسائل ج ۱۳ ص ۳۸۴ ح ۱۶.
۳- ۳) التهذيب ج ۹ ص ۱۹۵ ح ۷۸۳.الوسائل ج ۱۳ ص ۳۶۷ ح ۱۱.
۴- ۴) التهذيب ج ۹ ص ۱۵۲ ح ۶۲۴.الوسائل ج ۱۳ ص ۳۳۹ ح ۱.

أبی ولاد قد تضمنت الدين،و وقع الجواب فيها بهذا التفصيل،فكيف يكون المراد بذلك العين الخارجه فی الذمه خاصه.

و منها صحيحه على بن يقطين و نحوها صحيحه يعقوب بن شعيب،و روايه عبد الله بن سنان،و الظاهر من الجميع هو الحمل على ما بعد الموت،أما صحيحه يعقوب بن شعيب فهی كالصريحه فی ذلك،حيث قال:الرجل يموت فما له من ماله؟أی بعد موته،فلا وجه حينئذ للاستدلال بها على المنجزات،كما هو محل البحث،و قريب منها الروايتان الأخريان لقوله«عند موته».

و بالجمله ان لم يكن ما ذكرنا هو الأظهر،فلا أقل لأن يكون مساويا فی الاحتمال،و به يسقط الاستناد إليها فی الاستدلال،و يؤيد ما ذكرناه من الحمل على الوصيه،تكرر هذا المعنى فی الأخبار،و دلالتها على أن غايه ما للميت الوصيه به من ماله هو الثلث.و قد تقدمت،و لعل وجه الحكمه فی منع الشارع له من الزياده على الثلث فی الوصيه التی يكون تنفيذها بعد الموت،و تجويز التصرف له فی حال مرضه فی ماله مطلقا،و ان يفعل ما يشاء،و يعطيه و يبينه لمن يشاء،كما صرحت به أخبار القول الأول،هو أن المال بعد الموت لما ينتقل إلى الورثه، و يخرج عن ملكه و تصرفه،فإنه يسهل على النفس السخاء به،و الجود به لمن يشاء،فمن أجل ذلك اقتضت الحكمه الربانيه منعه من الزياده فی الوصيه على الثلث،خوف الإضرار بالورثه،و التعدی عليهم،بل صرحت بكراهه الوصيه بالثلث،رعايه لهم هذا مع حفظه له،و شحه به و حرصه عليه،و هذه الحكمه ليست حاصله فی الحی،و ان كان مريضا،فان البرء ممكن،و الشح بالمال فی الجمله حاصل،فيكون كتصرف الصحيح فی ماله،لا فی مال غيره،و توهم كون حال المرض فی معرض أن يكون للورثه بخلاف الصحيح مطلقا ممنوع،فرب مريض عاش،و صحيح عجل به الموت،كما هو المشاهد بالوجدان فی غير زمان و لا مكان.

و بالجمله فإن التصرف فی الصوره الأولی لما کان بعد زمان الموت الذی ینتقل فیه المال الی الوارث صار کأنه تصرف فی مال الوارث،فمنع منه،و التصرف فی الصوره الأخری لما کان فی الحیاه و لا تعلق له علی الموت،کان کتصرف الصحیح فی ماله،یفعل به ما یشاء.

و بما شرحناه یظهر لک أن أکثر هذه الأخبار غیر ظاهره الدلاله،و ما ربما یظهر منه ذلک فسبیله الحمل علی التقیه التی هی الأصل فی اختلاف الأخبار، و أما روایات القول الأول الذی علیه المعول،فهی جمیعا صریحه الدلاله،واضحه المقاله،لا مجال للطعن فی دلالتها بوجه من الوجوه،نعم بناء علی هذا الاصطلاح المحدث الذی قد عرفت أنه لا أصل له،و لا دلیل علیه،بل الأدله علی بطلانه لمن نظر بعین الإنصاف و رجع الیه،اتجه لأصحاب هذا الاصطلاح الطعن فیها بضعف السند،مع أنک قد عرفت أن فیها الصحیح،و من أجل ما قلنا توقف شیخنا الشهید الثانی فی المسالک بعد البحث فی المسئله فی ترجیح أحد القولین،و تبعه المحدث الکاشانی فی المفاتیح،کما هی عادته فیه غالبا،فقال فی المسئله المذکوره:

و فی منع المریض من التبرعات المنجزه التی لا تستلزم تفویت المال علی الورثه من غیر عوض زیاده علی الثلث من دون إذنهم أو إجازتهم قولان:و فی الأدله من الجانبین نظر،إذ ما صح سنده غیر دال،و ما هو دال غیر صحیح السند و لا معتبر، إلا موثق فی طرف الجواز،مؤید بالأصل،و هو أن صاحب المال أحق بماله ما دام حیا،و لکنه معارض بالأکثریه و الأشهریه،انتهی.

و بالجمله فإن من لا یری العمل بهذا الاصطلاح المحدث،و انما عمله علی الاصطلاح القدیم فی الحکم بصحه جمیع الأخبار،فإنه لا یرتاب و لا یشک فی صحه ما اخترناه.

ص :۶۱۱

**تذنیب:**

ممن اختار القول المشهور بین المتأخرین العلامه فی المختلف،و احتج علیه بروایه علی بن عقبه،و روایه أبی ولاد و صحیحه علی بن یقطین المتقدم جمیعه فی المقام.

و روایه علی بن أبی حمزه عن أبی بصیر (1)

«عن أبی عبد الله علیه السلام قال:ان أعتق رجل عند موته خادما له،ثم أوصی بوصیه أخری ألغیت الوصیه،و أعتقت الجاریه من ثلثه،إلا أن یفضل من ثلثه ما یبلغ الوصیه».

و استدل أیضا

بصحیحه زراره (2)

«عن الصادق علیه السلام قال:إذا ترک الدین علیه و مثله أعتق المملوک،و استسعی».

و روایه حفص بن البختری (3)و روایه الحسن بن الجهم (4)الدالتین علی ما دلت علیه صحیحه زراره المذکوره.

و هذه الروایات و أمثالها قد تقدمت فی المسئله السادسه فیما إذا کان علی الإنسان دین،فأعتق مملوکه الذی لیس له سواه منجزا،من القصد الخامس فی الموصی له،ثم احتج ببعض الأدله الاعتباریه کما هی قاعدتهم الی أن قال:

احتج المخالف بأنه مالک تصرف فی ملکه،فکان سائغا ماضیا کالصحیح،و الجواب المنع من الملازمه،و القیاس باطل فی نفسه،و الفرق ظاهر،انتهی.

أقول:انظر الی هذه المجازفه الظاهره فی عدم استدلاله للقول المذکور بشیء من تلک الروایات المتعدده الصریحه مع کثرتها،کما عرفت،و انما أورد هذا التعلیل الاعتباری و رده بما ذکره،و هو عجب من مثله(قدس سره)فان کان ذلک عن عدم اطلاع علی شیء من تلک الأخبار فهو عجیب من مثله،و ان کان



---

١- ١) الکافی ج ٧ ص ١٧ ح ٢،التهذیب ج ٩ ص ١٩٧ ح ٧٨٦.الوسائل ج ١٣ ص ٣٦٥ ح ٦.

٢- ٢) التهذیب ج ٩ ص ١٦٩ ح ٦٨٨.الوسائل ج ١٣ ص ٤٢٢ ح ٢.

٣- ٣) التهذیب ج ٩ ص ١٦٩ ح ٦٨٩.الوسائل ج ١٣ ص ٤٢٢ ح ١.

٤- ٤) التهذیب ج ٩ ص ١٦٩ ح ٦٩٠.الوسائل ج ١٣ ص ٤٢٣ ح ٤.

مع الاطلاع عليها فهو أعجب،و من نظر فی کلامه هـذا و رأی الأخبار الـداله علی القول الـذی اختاره،و لم یر فی مقابلتها إلا هذا التعلیـل العلیـل،فـإنه لاـ یعتریه الشک فی تقلیـده،و الحزم بما ذکره،و أما الروایات التی اسـتدل بها فقـد عرفت الجواب عن جمله منها.

بقی الکلام فیما اسـتدل به من صـحیحه زراره و روایتی الحفص و الحسن بن الجهم و أمثالها مما قدمنا ذکره فی المسـئله،فإنه لا ریب فی دلالتها علی ما ذکروه، إلا أنا قد قدمنا فی تلک المسـئله أن وجه الجمع بین هذه الأخبار و بین الأخبار التی استندنا إلیها هنـا فی الـدلاله علی مـا اخترنـاه من خروج المنجزات من الأصل، هو العمل بتلک الأخبار،لأنها أخص فیخصـص بها عموم هـذه الأخبـار و إطلاقها، لأن مورد تلک الأخبار العتق مع الـدین المزاحم له،فیجب العمل فیها بما دلت علیه تلک،و یجب الوقوف فیه علی ما دلت علیه اخبار هذه المسئله.

و أما روایه أبی بصـیر التی اسـتدل بها،فالجواب عنها ما عرفت فی الجواب عن روایه علی بن عقبه،و لنا بناء علی اصـطلاحهم رد هذه الروایه و أمثالها من روایه علی بن عقبه و غیرهما مما لیس بصحیح باصطلاحهم بضعف الاستناد،إلزاما لهم باصطلاحهم،فلا تقوم لهم بها حجه علینا کما لا یخفی،و الله العالم.

## المسئله الثانیه [حکم إقرار الإنسان فی مرض موته] :

### اشاره

اختلف الأصـحاب(رضوان الله علیهم)فی إقرار المریض إذا مات فی مرضه علی أقوال:أحـدها-أنه ینفذ من الأصل مطلقا،من غیر فرق بین إقراره فی حـال مرضه،أو صـحته،و هو مـذهب سـلار حیث قـال:من کان عاقلا یملک أمره فیما یأتی و یـذر،فإقراره فی مرضه کإقراره فی صـحته و لم یفرق بین الدین و لا العین،و لا بین الوارث و لا الأجنبی،و لا بین أن یکون المقر متهما فی إقراره أو غیر متهم،و هو اختیار ابن إدریس.

و ثانیهـا-أنه من الأصـل أیضـا لکن بشـرط عـداله المقر،و انتفاء التهمه، لوارث کان الإقرار أو لأجنبی،و من الثلث مع انتفاء أحد القیدین،و هو مذهب

ص:۶۱۳

الشیخین و ابن البراج،و المحقق فی الشرائع،و الشهید الثانی فی المسالک،و سبطه السید السند فی شرح النافع،و المحدث الشیخ بن الحسن الحر العاملی فی الوسائل و غیرهم،بل صرح فی المسالک أنه مذهب المحقق فی النافع.

حجه القول الأول کما ذکروه عموم (۱)

«إقرار العقلاء علی أنفسهم جائز».

و لأنه بإقراره یرید إبراء ذمته من حق علیه فی حال الصحه،و لا یمکن التوصل الیه إلا بالإقرار،فلو لم یقبل إقراره بقیت ذمته مشغوله،و بقی المقر له ممنوعا من حقه،و کلاهما مفسده،و اقتضت الحکمه قبول قوله.

و أنت خبیر بما فیه من إمکان المناقشه و تطرق البحث الیه،أما الحدیث المذکور فإنه یخص عمومه بالأخبار الآتیه الداله علی أنه مع التهمه و عدم العداله لا ینفذ إقراره.

و أما التعلیل الآخر ففیه،الإقرار کما یحتمل أن یکون لما ذکره من اراده إبراء ذمته،و أن ذمته مشغوله واقعا،کذلک یحتمل أن یکون قصده من الإقرار مجرد حرمان الوارث و منعه،و ان ذمته غیر مشغوله،کما تشیر الی ذلک الأخبار الآتیه المصرحه باشتراط نفی التهمه،و کونه مرضیا،و الاستدلال المذکور مبنی علی الاحتمال الأول،و هو غیر متعین،سیما مع دلاله الأخبار المذکوره علی ما ذکرناه.

و بالجمله فترجیح أحد الاحتمالین علی الآخر لیمکن التفریع علیه و البناء علی ما یقتضیه یحتاج الی دلیل،و لیس فلیس.

و أما القول الثانی فیدل علیه أما بالنسبه إلی الوارث

فصحیحه منصور بن حازم (۲)قال:

«سألت أبا عبد الله علیه السلام عن رجل أوصی لبعض ورثته أن له علیه دینا،فقال:ان کان المیت مرضیا فأعطه له».

و موثقه أبی أیوب (۳)

«عن أبی



---

۱- ۱) الوسائل ج ۱۶ ص ۱۳۳ الباب ۳ ح ۲.
۲- ۲) الکافی ج ۷ ص ۴۱ ح ۲.الوسائل ج ۱۳ ص ۳۷۶ ح ۱.
۳- ۳) التهذیب ج ۹ ص ۱۶۰ ح ۶۵۷.الوسائل ج ۱۳ ص ۳۷۸ ح ۸.

عبد الله علیه السلام فی رجل أوصی لبعض ورثته أن له علیه دینا فقال:ان کان المیت مرضیا فأعطه الذی أوصی له». و أما بالنسبه إلی الأجنبی،

فصحیحه ابن مسکان عن العلاء بیاع السابری (۱)قال:

«سألت أبا عبد الله علیه السلام عن امرأه استودعت رجلا مالا فلما حضرها الموت قالت له:ان المال الذی دفعته إلیک لفلانه،و ماتت المرأه، فأتی أولیاءها الرجل،فقالوا له:أنه کان لصاحبتنا مال،لا نراه إلا عندک،فأحلف لنا ما قبلک شیء،أ فیحلف لهم؟فقال:ان کانت مأمونه عنده فیحلف لهم،و ان کانت متهمه فلا یحلف،و یضع الأمر علی ما کان،فإنما لها من مالها ثلثه».

و أما القول الثالث فیدل علیه بالنسبه إلی الإقرار للأجنبی،و أنه من الثلث، صحیحه ابن مسکان (۲)عن العلاء المتقدمه،و أما بالنسبه إلی الوارث،و أنه من الثلث مطلقا،فاستدل علیه

بصحیحه إسماعیل بن جابر (۳)قال:

«سألت أبا عبد الله علیه السلام عن رجل أقر لوارث له و هو مریض بدین قال:قال.یجوز علیه إذا أقر به دون الثلث». و قوی جماعه منهم شیخنا الشهید الثانی فی المسالک،و سبطه السید السند فی شرح النافع،حمل الروایه المذکوره و ما اشتملت علیه من اعتبار الثلث علی حاله التهمه جمعا بینها،و بین صحیحه منصور المتقدمه.

و زاد فی المسالک احتمال أن نفوذه کذلک بغیر قید،و هو لا ینافی توقف غیره علیه،قال:مع أن ظاهرها غیر مراد،لأنه اعتبر نقصان المقر به عن الثلث، و لیس ذلک شرطا إجماعا،انتهی.

أقول:بل الوجه هو الأول الذی یحصل به الجمع بینها و بین الصحیحه المشار إلیها،و الروایه التی معها.

و احتمل بعض مشایخنا(عطر الله تعالی مراقدهم)أن یکون«دون»فی



---

۱- ۱) الکافی ج ۷ ص ۴۲ ح ۳،التهذیب ج ۹ ص ۱۶۰ ح ۶۶۱، الفقیه ج ۴ ص ۱۷۰ ح ۵۹۵،الوسائل ج ۱۳ ص ۳۷۷ ح ۲.
۲- ۲) الکافی ج ۷ ص ۴۲ ح ۳،التهذیب ج ۹ ص ۱۶۰ ح ۶۶۱، الفقیه ج ۴ ص ۱۷۰ ح ۵۹۵،الوسائل ج ۱۳ ص ۳۷۷ ح ۲.
۳- ۳) الکافی ج ۷ ص ۴۲ ح ۴،التهذیب ج ۹ ص ۱۶۰ ح ۶۵۹، الفقیه ج ۴ ص ۱۷۰ ح ۵۹۲،الوسائل ج ۱۳ ص ۳۷۷ ح ۳.

الروایه بمعنی«عند»و أن یکون المراد الثلث و ما دون،و یکون الاکتفاء مبنیا علی الغالب،لأن الغالب أما زیادته عن الثلث،أو نقصانه،و کونه بقدر الثلث بغیر زیاده و لا نقص نادر،انتهی.

أقول:و الحمل الثانی غیر بعید فقد وقع التعبیر بمثل هذه العباره فی إراده المعنی المذکور فی جمله من موارد الأحکام،و علیه حمل قوله (۱)عز و جل «فَإِنْ کُنَّ نِسٰاءً فَوْقَ اثْنَتَیْنِ» أی اثنین فما فوق.

ثم أقول:قد روی

ثقه الإسلام فی الکافی و الشیخ فی التهذیب فی الصحیح عن أبی ولاد (۲)قال:

«سألت أبا عبد الله علیه السلام عن رجل مریض أقر عند الموت لوارث بدین له علیه؟قال:یجوز ذلک،قلت:فإن أوصی لوارث بشیء؟قال:

جائز». و ظاهر هذه الروایه إنما ینطبق علی القول الأول،لکنها معارضه بصحیحه منصور بن حازم (۳)و موثقه أبی أیوب (۴)المتقدمتین،و قضیه الجمع بین الجمیع تقیید إطلاق هذه الروایه بتلک الروایتین.

و کیف کان فهی کما تری ظاهره فی رد القول الثالث بالنسبه إلی الوارث، سواء قیدت أم لم تقید،لأنه قد حکم بکون الإقرار للوارث من الثلث مطلقا، و هذه الروایه بحسب ظاهرها قد دلت علی کونه من الأصل مطلقا،فهی ظاهره فی رده من أصله،و بالنظر الی تقییدها بتلک الروایتین یکون ردا علیه فی بعض ما أطلقه،مضافا الی ذلک ما عرفت فی الروایه التی استدل له بها،و بما حررناه یظهر لک أن أظهر الأقوال الثلاثه المذکوره هو القول الثانی.

و فی المسئله أیضا أقوال آخر،منها الفرق بین المضی من الأصل و الثلث بمجرد التهمه،و انتفائها.



---

۱- ۱) سوره النساء-الایه ۱۱.

۲- ۲) الکافی ج ۷ ص ۴۲ ح ۵،التهذیب ج ۹ ص ۱۶۰ ح ۶۶۰،الوسائل ج ۱۳ ص ۳۷۷ ح ۴.

۳- ۳) الکافی ج ۷ ص ۴۱ ح ۲،التهذیب ج ۹ ص ۱۵۹ ح ۶۵۶،الوسائل ج ۱۳ ص ۳۷۶ ح ۱.

۴- ۴) التهذیب ج ۹ ص ۱۶۰ ح ۶۵۷،الوسائل ج ۱۳ ص ۳۷۸ ح ۸.

و منها جعل مناط الفرق المذكور العداله.

و منها تعميم الحكم للأجنبى بكونه من الأصل،و تقييد ذلک فی الوارث بعدم التهمه.

و قد ذکر جمع من الأصحاب(رضی الله عنهم)أن المراد بالتهمه هنا الظن المستند إلی القرائن الحالیه و المقالیه الداله علی أن المقر لم یقصد بإقراره الاخبار عن حق متقدم،و إنما المراد تخصیص المقر له بما أقر به،و حرمان الوارث من حقه أو بعضه،و التبرع به للغیر،فلذلک جری مجری الوصیه فی الخروج من الثلث خاصه.

و الظاهر أن المراد من العداله فی کلامهم هو ما أشار إلیه فی صحیحه منصور، و موثقه أبی أیوب بقوله مرضیا،أی یعتمد علی قوله،و لا یظن به التهمه و قصد حرمان الورثه بإقراره،و هو المراد أیضا من قوله علیه السلام فی روایه العلاء بیاع السابری«ان کانت مأمونه».

و بالجمله فإنه لما کان المیت لیس له من ماله بعد الموت إلا الثلث خاصه، و ما زاد فهو للوارث،منع من تصرفه فیه بالوصیه و نحوها،و حینئذ فإذا اعترف بالدین-الذی مخرجه من حیث هو من الأصل لتعلقه بالذمه-من حیث احتمال اعترافه للصحه و البطلان،وجب التفصیل فیه بما دلت علیه هذه الأخبار،من أنه إذا کان مرضیا مأمونا،له دیانه و ورع یحجزه عن مخالفه الحدود الشرعیه و الأوامر الإلهیه،وجب العمل بظاهر اعترافه،و أخرج من الأصل،و إلا فإنما یخرج من الثلث.

و بهذا فیظهر ما فی کلام جمله من الأصحاب من أن الإقرار انما یکون من الثلث مع ظهور التهمه،و مع الشک و الجهل بالحال یرجع فیه الی أصاله عدمها، فیجب الخروج من الأصل،فإنه خلاف ظاهر الأخبار المذکوره حیث إنها صریحه فی کون الإخراج من الأصل مشروطا بکون المقر مرضیا مأمونا،و مقتضاه

أنه مع الجهل و عدم العلم بوجود الشرط،أو العلم بعدم وجوده يكون الإخراج من الثلث،لعدم وجود الشرط الموجب لانتفاء المشروط.

و هذا التحقيق يرجع فى الحقيقه إلى القول المتقدم بأن مناط الفرق المذكور العداله،كما هو منقول عن العلامه فى التذكره،و أنها هى الدافعه للتهمه،و هذا هو ظاهر الأخبار المتقدمه.

و يظهر الفرق بين هذا القول و القول الثانى ما لو كان المقر على ظاهر العداله، و قامت القرائن الحاليه أو المقاليه على التهمه،فعلى الاكتفاء بظاهر العداله، يكون الإخراج من الأصل،و لا يلتفت الى ما دلت عليه القرائن المذكوره،و على تقدير المشهور من ضم عدم التهمه إلى العداله و جعلهما شرطين،يكون الإخراج من الثلث،لانتفاء أحد الشرطين.

و أنت خبير بأن اعتبار انتفاء التهمه منفردا أو منضما الى شرط العداله لا يعرف له مستند من الاخبار،إلا ما يفهم من شرط الامانه و كونه مرضيا الذى هو عباره عن العداله عندهم بالتقريب الذى قدمناه.

اللهم إلا أن يقال:ان قيام القرائن بالتهمه الموجب لظنها ينافى العداله المذكوره،و لا يجامعها و هو غير بعيد،و ان صرح فى المسالک بخلافه،و جوز اجتماعهما،بناء على أن العداله المبنيه على الظاهر لا تزول بالظن،و فيه منع ظاهر فإن العداله انما تبنى على الظن،و اللازم من ذلک تقابل الظنين و ترجيح أحدهما على الآخر يحتاج الى مرجح،و الظاهر أنه لما ذكرناه ذهب صاحب الكفايه إلى قول آخر فى المسئله،فقال-بعد أن فسر التهمه بما قدمنا نقله عن جمع من الأصحاب-ما هذا لفظه:و الأقوى أن التهمه بالمعنى المذكور توجب المضى من الثلث مطلقا،و كون المقر ممن يوجب قوله الظن بصدقه،لكونه أمينا مصدقا يوجب المضى من الأصل،و فى غير ذلک تأمل،انتهى.

و محل التأمل فى كلامه ما لو انتفى الوصفان كما فى غير العدل،أو المجهول

العداله الـذى لم تظهر قرائن التهمه عليه،و قد عرفت آنفا أن مقتضـى ظواهر الأخبار الداله على اشتراط كونه مرضـيا فى الخروج من الأصل،أنه متى فقد الشـرط وجب انتفاء المشروط،فالحكم بأنه من الثلث فى هذه الصوره بناء على ذلك الظاهر أنه لا اشكال فيه،إلا أن ما ذكره من التأمل فى أمثال هذه المواضع لا يخلو من وجه.

هـذا:و قـد صـرح جملـه مـن الأصـحاب منهـم العلامـه فى التـذكره و الشـهيدان بـأنه لـو برء المريض فالظـاهر نفـوذ إقراره من الأصل،تمسكا (١)

«بأن إقرار العقلاء على أنفسهم جائز». السالم عما يصلح للمعارضه،فإن روايه العلاء مفروضه فى الإقرار الواقع فى مرض الموت،و غيرها لا عموم فيه بحيث يتناول من برء بعد المرض،و اليه مال السيد السند فى شرح النافع،و هو جيد.

### تذنيب [فى الإشاره إلى الروايات الوارده فى المقام]

بقى فى المقام روايات تتعلق بالمسئله لا بأس بنقلها،و بيان ما اشتملت عليه، و منها

صحيحه الحلبى (٢)

«عن أبى عبد الله عليه السلام قال:قلت له:الرجل يقر لوارث بدين؟فقال:يجوز إذا كان مليا».

و صحيحته (٣)الأخرى قال:

«سئل أبو عبـد الله عليه السـلام عن رجـل أقر لوارث بـدين فى مرضه أ يجوز ذلـك؟قـال:نعم إذا كـان مليا». و ضـمير اسم كان يحتمل رجوعه الى الوارث الذى أقر له،و الغرض من ذكر ملاءته كون ذلك قرينه على صدق المقر فى إقراره له،و يحتمل عوده الى المقر،و يجعل ذلك كنايه عن صـدقه و أمانته،و على هذين الاحتمالين يكون مخرجه من الأصل،و يحتمل رجوعه الى المقر أيضا لا باعتبار الأول بل باعتبار التخصيص بالثلث،بأن تبقى ملاءته



---

۱- ۱) الوسائل ج ۱۶ ص ۱۳۳ ح ۲.

۲- ۲) الكافى ج ۷ ص ۴۱ ح ۱،التهذيب ج ۹ ص ۱۵۹ ح ۶۵۵.الوسائل ج ۱۳ ص ۳۷۸ ح ۵.

۳- ۳) التهذيب ج ۶ ص ۱۹۰ ح ۴۰۵.الوسائل ج ۱۳ ص ۳۷۸ ح ۷.

بالثلثین،و حاصل الجواب أنه یجوز إقراره فی الثلث خاصه،فیکون مخرجه منه دون الأصل.

و یمکن تأیید هذا المعنی

بموثقه سماعه (۱)قال:

«سألته عمن أقر للورثه بدین علیه و هو مریض؟قال یجوز علیه ما أقر به إذا کان قلیلا».

بحمل القلیل فما دونه،بمعنی أن مخرج هـذا الـذی أقر به من الثلث، و علی هـذا تکون هذه الروایات مطابقه لمذهب المحقق فی النـافع إلاـ أن تحمـل علی التهمه کمـا تقـدم ذکره فی صـحیحه إسـماعیل بن جابر (۲)إلاـ أن الاسـتناد إلیهـا مع مـا هی علیه من الإجمـال الموجب لاتسـاع دائره الاحتمال لا یخلو من الاشـکال،و الحق أن هـذه الأخبار لا یظهر لها معنی یعتمـد علیه،و لا یفهم منها حکم یرجع الیه.

و منها

صحیحه سعد بن سعد (۳)

«عن الرضا علیه السلام قال:سألته عن رجل مسافر حضره الموت،فدفع مالا الی رجل من التجار،فقال:ان هذا المال لفلان بن فلان لیس لی فیه قلیل و لا کثیر،فادفعه الیه یصرفه حیث شاء،فمات و لم یأمر فیه صاحبه الذی جعل له بأمر،و لا یدری صاحبه ما الذی حمله علی ذلک کیف یصنع؟قال:یضعه حیث شاء».

قـال بعض مشایخنـا(رضوان الله علیهم):قوله«یضـعه حیث شـاء»أی هو ماله یضـعه حیث یشاء،إذ ظاهر إقراره أنه أقر له بالملک،و یکفی ذلـک فی جواز تصرفه،فلا یلزمه بیان سـبب الملک،و یحتمل أن یکون المراد أنه أوصـی الیه بصـرف هـذا المال فی أی مصرف شاء،فهو مخیر فی الصرف فیه مطلقا أو فی وجوه البر،انتهی.



---

۱- ۱) التهذیب ج ۹ ص ۱۶۰ ح ۶۵۸.الوسائل ج ۱۳ ص ۳۷۹ ح ۹.

۲- ۲) الکافی ج ۷ ص ۴۲ ح ۴.الوسائل ج ۱۳ ص ۳۷۷ ح ۳.

۳- ۳) الکافی ج ۷ ص ۶۳ ح ۲۳ و فیه«عن سـعد بن إسماعیل عن أبیه»،التهـذیب ج ۹ ص ۱۶۰ ح ۶۶۲.الوسائل ج ۱۳ ص ۳۷۸ ح ۶.

أقول:لا يخفى أن سياق الروايه المذكوره ظاهر فى أن اعتراف الرجل بذلك المال لذلك الشخص الذى سماه،ليس له أصل بالكليه،و لهذا ان الرجل المسمى لم يقبض المال،و لم يأمر فيه بأمر،بل تعجب من ذلك،و لم يدر ما الذى حمل ذلك الرجل على الاعتراف له،مع أنه لا يستحق فى ذمته مالا بالكليه، و حينئذ فقرينه التهمه فى هذا الاعتراف ظاهره،فيجب بمقتضى ما تقدم أن يكون مخرجه من الثلث خاصه،و ظاهره أن المال باق فى يد الأمين،و حينئذ فيجب أن يحمل جوابه عليه السلام«بأن ذلك له يضعه حيث يشاء»اما على عدم وجود وارث لذلك الرجل المقر،فان من لا-وارث له،له أن يوصى به كملا إلى من نشاء،أو يعترف به كما هو أصح القولين فى المسئله،أو على أن ذلك المال يخرج من الثلث،أو أن الغرض من الجواب بيان صحه الانتقال و التملك بمجرد هذا الاعتراف مع قطع النظر عن هذه المسئله بالكليه.

و كيف كان فالخبر غير خال من شوب الاشكال،لما فيه من الإجمال.

و منها

روايه أبى بصير (1)

«عن أبى عبد الله عليه السلام قال:سألته عن رجل معه مال مضاربه فمات و عليه دين،و أوصى أن هذا الذى ترك لأهل المضاربه أ يجوز ذلك؟قال:نعم إذا كان مصدقا».

أقول:هذا الخبر مما ينتظم فى سلك أخبار القول الثانى،و التعبير بقوله «مصدقا»مثل قوله فى تلك الاخبار«مرضيا و مأمونا».

و منها

روايه السكونى (2)

«عن جعفر عن أبيه عن على عليهم السلام أنه كان يرد النحله فى الوصيه،و ما أقر عند موته بلا ثبت و لا بينه رده».

أقول:الظاهر أن المراد من قوله«يرد النحله فى الوصيه»بمعنى يجعلها داخله فى الوصيه و من قبيلها،فيكون الجار و المجرور متعلقا بيرد،و أما احتمال



---

۱- ۱) التهذيب ج ۹ ص ۱۶۷ ح ۶۷۹،الوسائل ج ۱۳ ص ۳۸۰ ح ۱۴.

۲- ۲) التهذيب ج ۹ ص ۱۶۱ ح ۶۶۳،الوسائل ج ۱۳ ص ۳۸۰ ح ۱۲.

تعلقه بالنحله فإنه يقتضی رد النحله مطلقا،و هو مخالف لظاهر الأخبار المتقدمه، و غیرها،و المراد بقوله«و ما أقر به عند موته»الی آخر ما ذکره الشیخ فی کتابی الأخبار من الحمل علی ما إذا کان غیر مرضی بل متهما علی الورثه فیکون معنی رده یعنی من الأصل و أن اخرج من الثلث،و ظاهر الخبر رده مطلقا،إلا أنه لما کان مخالفا لما تقدم من الأخبار،فالواجب حمله علی ما ذکره الشیخ (رحمه الله علیه).

و منها روایه

محمد بن عبد الجبار (۱)قال:

«کتبت الی العسکری علیه السلام:

امرأه أوصت الی رجل و أقرت له بدین ثمانیه آلاف درهم،و کذلک ما کان لها من متاع البیت من صوف و شعر و شبه و صفر و نحاس،و کل مالها أقرت به للموصی الیه،و أشهدت علی وصیتها و أوصت أنه یحج عنها من هذه الترکه حجتان،و یعطی مولاه لها أربعمائه درهم و ماتت المرأه،و ترکت زوجا و لم ندر کیف الخروج من هذا،و اشتبه علینا الأمر،و ذکر الکاتب أن المرأه استشارته فسألته أن یکتب لها ما یصح لهذا الوصی فقال:لا تصح ترکتک لهذا الوصی إلا بإقرارک له بدین یحیط بترکتک بشهاده الشهود،و تأمریه بعد أن ینفذ ما توصیه به،فکتب له بالوصیه علی هذا،و أقرت للوصی بهذا الدین،فرأیک أدام الله عزک فی مسئله الفقهاء قبلک عن هذا،و تعرفنا ذلک لنعمل به ان شاء الله؟ فکتب علیه السلام بخطه:ان کان الدین صحیحا معروفا مفهوما فیخرج الدین من رأس المال ان شاء الله و ان لم یکن الدین حقا أنفذ لها ما أوصت به من ثلثها کفی أو لم یکف».

أقول:لما کان ظاهر سیاق هذه الحکایه أن المرأه المشار إلیها قاصده بهذا الإقرار حرمان الوارث لم یرتب الحکم فیها علی عداله المقر،و کونه مرضیا، لأن المعلوم من السیاق خلافه بل رتبه علی ثبوت الدین و معلومیه صحته،و هو



---

۱- ۱) التهذیب ج ۹ ص ۱۶۱ ح ۶۶۴،الوسائل ج ۱۳ ص ۳۷۹ ح ۱۰.

نظیر ما تقدم فی روایه السکونی من قوله علیه السلام«بلا ثبت و لا بینه رده»بناء علی ما ذیلنا به من التأویل بأنه إذا کان متهما احتیج إلی إخراجه من الأصل إلی البینه الموجبه لثبوته،و إلا فمن الثلث.

و أما قوله فی الخبر المذکور«فرأیک أدام الله عزک فی مسئله الفقهاء قبلک» فإنه لا یخلو من غموض،قال المحدث الکاشانی فی الوافی:ما رأیک أو أعلمنا رأیک فی سؤالنا الفقهاء الذین یکونون عندک من شیعتک عن هذا،و فی تعرفنا ذلک منهم،إذ لیس لنا إلیک وصول،و کان غرضه الاستئذان فی مطلق سؤالهم من المسائل،انتهی.

أقول:الظاهر أنه لا یخلو من بعد،و قال:شیخنا المجلسی فی حواشیه علی کتب الأخبار لعل المراد بالفقهاء الأئمه علیهم السلام أی نطلب رأیک أو نتبعه،أو ان رأیت المصلحه فی أن تعرفنا ما أجاب به الأئمه المتقدمه علیک عند سؤالهم عن هذه المسئله،فعلی الأخیر یکون و تعرفنا معطوفا علی مسئله،تفسیرا لها،و یحتمل أن یکون المراد السؤال عن فقهاء أهل البلد،و تعریف الجواب بأن یقرأ قبلک بکسر القاف و فتح الباء،و علی التقدیرین یکون هذا النوع من الکلام الغیر المعهود من أصحابهم للتقیه،و علی الثانی لنهایه التقیه و یمکن أن یکون المراد ما رأیک فی مسئله سألنا الفقهاء قبل أن نسئلک فیها یعنی فقهاء بلد السائل، انتهی.

أقول:و الذی یظهر لی من العباره المذکوره أن المراد انما هو عرفنا رأیک فی هذه المسئله التی سئل الفقهاء قبلک لنعمل بما تعرفنا دون ما قالوا أولئک الفقهاء فیها،و حینئذ یکون المراد بالفقهاء فقهاء العامه.

و منها

روایه مسعده بن صدقه (1)

«عن جعفر بن محمد عن أبیه علیهم السلام قال:

قال علی علیه السلام لا وصیه لوارث و لا إقرار بدین». یعنی إذا أقر المریض لأحد من



1- 1) التهذیب ج 9 ص 162 ح 665،الوسائل ج 13 ص 380 ح 13.

الورثه بدين فليس له ذلک،و حمله الشیخ فی التهذیبین تاره علی التقیه و أخری علی المتهم،و ما زاد علی الثلث.

أقول:ما تضمنه من النهی عن الوصیه للوارث فلا ریب فی حمله علی التقیه، لأن ذلک مذهب الجمهور،و أخبارنا المعتضده باتفاق أصحابنا داله علی الجواز کما تقدم تحقیقه فی المسئله المذکوره من المقصد الأول،و أما المنع من الإقرار بالدین فهو یتعین الحمل علی أحد الحملین،و الله العالم.

### المسئله الثالثه [فی صحه الوصیه بجمیع المال إذا لم یکن له وارث] :

اختلف الأصحاب(رضوان الله علیهم)فی أن من مات و لا وارث له،هل له أن یوصی بجمیع ماله الی من شاء أم لا؟فذهب الشیخ فی الخلاف و ابن إدریس و العلامه فی المختلف الی الثانی،و ذهب ابن الجنید و الصدوق فی المقنع و هو ظاهر الشیخ فی کتابی الأخبار الی الأول،و هو ظاهر المحدثین المحسن الکاشانی فی الوافی و الحر العاملی فی الوسائل،و هو المختار.

و قال فی المختلف:قال الشیخ فی الخلاف:من لیس له وارث قریب أو بعید،و لا مولی نعمه لا یصح أن یوصی بأکثر من الثلث،و ذهب أبو حنیفه و أصحابه و شریک،الی أن له أن یوصی بجمیع ماله،و روی ذلک فی أحادیثنا، ثم استدل بصحه الوصیه بالثلث إجماعا و لا دلیل علی الزائد،

و روی معاذ بن جبل (1)

«عن النبی(صلی الله علیه و آله و سلم)أنه قال:ان الله تعالی تصدق علیکم عند وفاتکم بثلث أموالکم زیاده فی حسناتکم». و لم یفرق بین أن یکون له وارث أم لا،و قال ابن إدریس أیضا:لا یصح الا فی الثلث،و قال ابن الجنید:

روی عن أمیر المؤمنین علیه السلام (2)أنه قال:

«و من أوصی بالثلث فقد بلغ المدی». یعنی بذلک إذا کان له ورثه و من تجاوز ذلک الی الثلث لم یجز إلا أن تشاء الورثه،فأما من لا وارث له فجائز أن یوصی بجمیعه لمن شاء،و فیما شاء مما أبیح الوصیه فیه،



---

۱- ۱) المستدرک ج ۲ ص ۵۱۹ الباب ۹ ح ۳.

۲- ۲) التهذیب ج ۹ ص ۱۹۲ ح ۷۷۳،الوسائل ج ۱۳ ص ۳۶۰ ح ۱.

و قال الصدوق فی المقنع:إذا مات الرجل و لا وارث له و لا عصبه قال:یوصی بماله حیث شاء فی المسلمین و المساکین،و المعتمد الأول،لما تقدم،و احتج الآخرون بما

روی السکونی (۱)

«عن جعفر عن أبیه علیهما السلام أنه سئل عن الرجل یموت و لا وارث له و لا عصبه،قال:یوصی بماله حیث شاء فی المسلمین و المساکین و ابن السبیل.

و قد روی الشیخ و الصدوق معا عن عمار بن موسی (۲)

«عن الصادق علیه السلام قال:الرجل أحق بماله ما دام فیه الروح ان أوصی به کله فهو جائز له». و تأولاه بأنه إذا لم یکن وارث قریب أن بعید،فیوصی به کله،و استدلا بما سبق من حدیث السکونی،و الوجه ترک هذه الروایه لضعفها،انتهی کلامه فی المختلف.

أقول:العجب من الشیخ(قدس سره)أنه استدل علی ما ذهب إلیه فی الخلاف من عدم صحه الوصیه فی الصوره المذکوره بأن الوصیه بالثلث مجمع علیه، و ما زاد لا دلیل علیه مع أنه بعد أن نقل عن أبی حنیفه أن له أن یوصی بجمیع ماله قال:و روی ذلک فی أحادیثنا،و حینئذ فإذا اعترف بروایه ذلک فی أحادیثنا کیف یتم له قوله«و الوصیه بما زاد علی الثلث لا دلیل علیه»و الدلیل موجود باعترافه،إلا أن یبین وجه قدح فیه یوجب عدم العمل به،و مع ذلک یستند الی هذه الروایه العامیه،و یطرد هذه الروایه التی اعترف بها.

و أعجب من ذلک قول العلامه بعد ذلک،و المعتمد الأول،بما تقدم،و أشار بالأول إلی مذهب الشیخ فی الخلاف،و أشار بما تقدم الی الاستدلال الشیخ مع ما عرفت فیه من القصور الظاهر لکل ناظر.

نعم یمکن أن یستدل لما ذهب الیه الشیخ فی الخلاف و من تبعه بإطلاق بعض الروایات الداله (۳)علی أنه متی أوصی بما زاد علی الثلث وجب رده الی



---

۱- ۱) التهذیب ج ۹ ص ۱۸۸ ح ۷۵۴.الوسائل ج ۱۳ ص ۳۷۰ ح ۱.
۲- ۲) التهذیب ج ۹ ص ۱۸۷ ح ۷۵۳،الفقیه ج ۴ ص ۱۵۰ ح ۵۲۰.الوسائل ج ۱۳ ص ۳۸۲ ح ۵.
۳- ۳) التهذیب ج ۹ ص ۱۹۲ ح ۷۷۳.الوسائل ج ۱۳ ص ۳۵۸ الباب ۸ ح ۱.

الثلث و بطلت الوصیه بالزائد،بإطلاقها داله علی وجوب الرد الی الثلث،و جد وارث ثمه أم لم یوجد،إلا أن فیه أن أکثر الأخبار قد تضمنت وجود الوارث فی البین،ففی جمله منها أنه تمضی الوصیه فی الثلث،و ترد الباقی علی الورثه، و فی جمله إلا أن تجیز الورثه،و حینئذ فیحمل إطلاق تلک الأخبار علی هذه.

و مما یعضد روایه السکونی موثقه عمار المتقدمه فی کلام العلامه الداله علی أنه ان أوصی بماله کله فهو جائز،بحملها علی عدم الوارث،إذ لا جائز أن یعمل بها علی ظاهرها فیلزم طرحها،و العمل بالخبر مهما أمکن أولی من طرحه، کما صرحوا به فی غیر موضع،و العلامه فی المختلف انما تمسک فی ردها بضعف السند،بناء علی هذا الاصطلاح الغیر الصحیح و لا المعتمد،و من لا یعمل به لا یصح عنده رد الخبر بغیر معارض.

فان قیل:أخبار کون (۱)

«الامام وارث من لا وارث له». تعارض هذه الروایه،قلنا:ما ذکرت من الأخبار مطلق أو عام،و هذه الروایه خاصه أو مقیده فالقاعده تقتضی تقدیم العمل بهذه الروایه و تخصیص تلک الأخبار أو تقییدها بها.

علی أنه مما یعضد هذه الروایه ما رواه

الشیخ فی الصحیح عن احمد بن محمد بن عیسی (۲)قال:

«کتب الیه محمد بن إسحاق المتطیب:و بعد أطال الله بقاک نعلمک یا سیدنا انا فی شبهه من هذه الوصیه التی أوصی بها محمد بن یحیی دریاب،و ذلک أن موالی سیدنا و عبیده الصالحین ذکروا أنه لیس للمیت أن یوصی إذا کان له ولد بأکثر من ثلث ماله،و قد أوصی محمد بن یحیی بأکثر من النصف مما خلف من ترکته،فان رأی سیدنا و مولانا أطال الله بقاءه أن یفتح غیاب هذه الظلمه التی شکونا و یفسر ذلک لنا نعمل علیه ان شاء الله تعالی فأجاب علیه السلام:ان کان أوصی بها من قبل أن یکون له ولد فجائز وصیته و ذلک أن ولده ولد من بعده».



---

۱- ۱) التهذیب ج ۹ ص ۳۸۶ الباب ۴۴،الوسائل ج ۱۷ ص ۵۴۷ الباب ۳.

۲- ۲) التهذیب ج ۹ ص ۱۹۷ ح ۷۸۹،الوسائل ج ۱۳ ص ۳۷۰ ح ۲.

و ظاهر الخبر المذكور أنه لو أوصى بأكثر من الثلث و لو بالمال كله قبل وجود الوارث،ثم تجدد له وارث،و لم يعدل الموصى عن الوصيه الى أن مات، فإنه يجب العمل بتلك الوصيه،و يحرم الوارث من المال الموصى به،و هو حكم غريب و فرع عجيب لم أقف على من نبه عليه،و لا تنبه اليه.

و ربما يقال:ان أدله الإرث كتابا و سنه يقتضى وجوب رد ما زاد على الثلث الى الوارث،إلا أنه يمكن القدح فيه،بأن تلك الأدله مطلقه،و هذا الخبر خاص بصوره الوصيه بالمال و تقدمها على وجود الوارث،و القاعده تقتضى تقديم العمل به،سيما مع صحه الخبر باصطلاحهم،و كيف كان فالخبر المذكور ظاهر فيما دلت عليه روايه السكونى من صحه الوصيه بالمال كله مع عدم وجود الوارث، فالقول بذلك متعين.وفاقا لما قدمنا ذكره عن أصحابنا.

و قال فى الدروس بعد ذكر استحباب إقلال الوصيه:و أن الخمس أفضل من الربع،و الربع أفضل من الثلث:و قال على بن بابويه:إذا أوصى بماله كله فهو أعلم،و يلزم الوصى إنفاذه

لروايه عمار (۱)

«ان أوصى به كله فهو جائز له».

و حملها الشيخ على من لا ـ وارث له،فجوز الوصيه بجميع المال لمن لا ـ وارث له، و هو فتوى الصدوق و ابن الجنيد لروايه السكونى،و منع الشيخ فى الخلاف من الزياده على الثلث مطلقا،و هو مختار ابن إدريس و الفاضل،انتهى.

أقول:ظاهر كلام شيخنا المذكور هو التوقف فى المسئله حيث اقتصر على نقل الخلاف الذى فيها،و لم يرجح شيئا من القولين،و لا ـ طعن فى أحد الجانبين و أما ما نقله عن الشيخ على بن بابويه فقد تقدم الكلام فيه،و بينا أن مستنده فى ما ذكره من الحكم المذكور انما هو كتاب الفقه الرضوى،فإن عبارته هنا عين عباره الكتاب كما أوضحناه فى جمله من الأبواب،و لكنهم خفى عليهم ذلك استدلوا له بهذه الروايه،و الله العالم.



---

۱- ۱) التهذيب ج ۹ ص ۱۸۷ ح ۷۵۳،الوسائل ج ۱۳ ص ۳۸۲ ح ۵.

### المسئله الرابعه [عدم ضمان الوصی مقدار الدین مع العزل و عدم التفریط] :

قال الشیخ فی النهایه:إذا قال الموصی لوصیه اقض عنی دینی،وجب علیه أن یبدأ به قبل المیراث فان تمکن من قضائه و لم یقض و هلک المال کان ضامنا له،و لیس علی الورثه لصاحب الدین سبیل،و ان کان قد عزل من أصل المال و لم یتمکن من إعطائه أصحاب الدیون و هلک من غیر تفریط من جهته کان لصاحب الدین مطالبه الورثه بالدین من الذی أخذوه،و تبعه ابن البراج، و بهذه العباره قال ابن إدریس،إلا أنه زاد فی عباره الشیخ،فقال فی کتابه:و إذا قال الموصی لوصیه اقض عنی دینی،وجب علیه أن یبدأ به قبل المیراث،فان تمکن من قضائه و لم یقضه و هلک المال کان ضامنا له،و لیس علی الورثه لصاحب الدین سبیل ان کان قد صار إلیهم من الترکه حقهم،فان کان قد عزله الوصی من أصل المال،و قسم الباقی بینهم،و لم یتمکن من إعطائه أصحاب الدیون و هلک من غیر تفریط من جهته،کان لصاحب الدین مطالبه الورثه بالدین من الذی صار إلیهم و أخذوه و اقتسموه،انتهی.

و العلامه فی المختلف قد استدرک علیه الزیاده الأولی،و اعترضه فیها، فقال بعد نقل ذلک:و المعتمد أن نقول فی الفرض الأول إذا کان قد بقی من المال شیء و أخذه الورثه سواء کان حقهم،أو أزید،أو أنقص،کان لصاحب الدین مطالبه الورثه بأقل الأمرین من حقه و مما صار إلیهم،ثم یرجع الورثه علی الوصی بتفریطه لعدم انحصار حق صاحب المال فیما تلف،و ان حمل المال فی قول الشیخ و هلک المال بأن هلک جمیعه قبل أن یصل الی الوارث منه شیء استقام الحکم و انتظم،و الظاهر أن مراد الشیخ و ابن البراج ذلک،و لکن ابن إدریس لقله تفطنه زاد ما أفسد به الکلام من حیث لا یشعر،انتهی.

أقول:و هذه المناقشات بعد ظهور المعنی بقرائن الحال و المقال من ابن إدریس للشیخ،و من العلامه لابن إدریس مما یستغنی عنه،فان من الظاهر أن الورثه ما لم یصل إلیهم شیء من الترکه،لا یتعلق بهم حق من الدیون بالکلیه،

و مع وصول شيء لهم لا يتعلق بهم و لا يجب عليهم وفاء ما زاد عنه،و مع هلاك التركه فى يد الوصى بتفريطه يلزمه الضمان،و لا رجوع على الورثه بشيء، لأنه لم يصل إليهم منها شيء،و هذه أحكام معلومه متفق عليها بينهم.

ثم أن الذى وقفت عليه من الأخبار المتعلقه بهذه المسئله ما رواه

الشيخ فى الصحيح عن الحلبى (۱)

«عن أبى عبد الله عليه السلام أنه قال:فى رجل توفى فأوصى الى رجل و على الرجل المتوفى دين فعمد الذى أوصى اليه فعزل الذى للغرماء فرفعه فى بيته و قسم الذى بقى بين الورثه،فسرق الذى للغرماء من الليل ممن يؤخذ؟قال:هو ضامن حين عزله فى بيته يؤدى من ماله».

و عن أبان (۲)عن رجل قال:

«سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل أوصى الى رجل أن عليه دينا؟فقال:يقضى الرجل بما عليه من دينه،و يقسم ما بقى بين الورثه،قلت:فسرق ما أوصى به من الدين،ممن يؤخذ الدين أمن الورثه أم من الوصى؟فقال:لا يؤخذ من الورثه،و لكن الوصى ضامن لها».

قال فى التهذيبين:انما يكون الوصى ضامنا للمال إذا تمكن من إيصاله إلى المستحق فلم يفعل،انتهى و هو جيد،فان الضمان انما يلزم مع التفريط، و التفريط ليس إلا مع إمكان الدفع الى صاحبه،و الإخلال بذلك كما تكاثرت به الأخبار فى جمله من الأحكام.

و الذى يكشف عن ذلك ما رواه

فى الكافى فى الصحيح أو الحسن عن محمد بن مسلم (۳)قال:

«قلت لأبى عبد الله عليه السلام:رجل بعث زكاه ماله ليقسم فضاعت،هل عليه ضمانها حتى تقسم؟فقال:إذا وجد لها موضعا فلم يدفعها فهو لها ضامن،الى أن قال:و كذلك الوصى الذى يوصى اليه يكون ضامنا لما دفع



---

۱- ۱) التهذيب ج ۹ ص ۱۶۸ ح ۶۸۵.الوسائل ج ۱۳ ص ۴۱۷ ح ۲.

۲- ۲) التهذيب ج ۹ ص ۱۶۸ ح ۶۸۴.الوسائل ج ۱۳ ص ۴۱۸ ح ۴.

۳- ۳) الكافى ج ۳ ص ۵۵۳ ح ۱.الوسائل ج ۶ ص ۱۹۸ ح ۱.

إليه إذا وجد ربه الذى أمر بدفعه إليه،فان لم يجد فليس عليه ضمان».

ثم انه مع التفريط و لزوم الضمان للوصى لا يتعين رجوع الديان على الوصى، بل يتخيرون بين الرجوع على الوصى أو على الورثه فيما قبضوه من حصصهم، و ترجع الورثه على الوصى،لأن ما عزله الوصى لا يتعين للدين بمجرد عزله ما لم يصل الى الديان،بل الدين يتعلق بالتركه كائنا ما كانت،و كيف كان فالضمان انما هو على الوصى،و النقصان انما هو عليه من ماله،لأن الورثه متى أخذ منهم الديان الدين رجعوا به عليه،فلا يلحقهم ضمان و لا نقص،و الله العالم.

## المسئله الخامسه [فى حكم انتقال من ينعتق على المريض إليه]

### اشاره

إذا انتقل الى المريض من ينعتق عليه كأبيه و ابنه مثلا فلا يخلو إلا أن يكون بغير عوض أو بعوض،و على التقديرين فإما أن يكون الملك اختياريا أو قهريا،و على تقدير الملك بعوض،فإما أن يكون العوض موروثا أولا،فهذه صور ست:

### الأولى-أن يملكه بغير عوض و يكون الملك اختياريا

،كما لو أوصى له أحد بأبيه أو أمه فقبل الوصيه أو وهبه له بغير عوض،فقبل الهبه،فإن قلنا أن منجزات المريض من الأصل كما هو أحد القولين فى المسئله،كان انعتاقه من الأصل،و لا اشكال فيه،و ان قلنا أن المنجزات من الثلث كما هو المشهور بين المتأخرين فوجهان:بل قولان:أحدهما-للمحقق فى الشرائع مدعيا عليه الإجماع و هو أن عتقه من الأصل أيضا،قال:و لو أوصى له بأبيه فقبل الوصيه،و هو مريض،عتق عليه من أصل المال إجماعا،لأنه انما يعتبر من الثلث ما يخرجه عن ملكه،و هنا لم يخرجه بل بالقبول ملكه،و انعتق عليه تبعا لملكه،و مرجع استدلاله إلى أمرين:أحدهما الإجماع،و ثانيهما ما ذكره من أن المعتبر من الثلث على القول به فى المنجزات،انما هو بالنسبه الى ما يخرجه المريض عن ملكه بنفسه اختيارا،كما لو أعتق العبد أو وهب أو تصدق أو نحو ذلك،و هنا لم يخرج المريض شيئا على هذا الوجه،و انما المخرج له هو الله سبحانه حين ملكه بالقبول،و انعتق

عليه قهرا تبعا للملك.فلم يكن مفوتا شيئا باختياره،و انما جاء الفوات من قبل الله عز و جل».

و ثانيهما-للعلامه فى التحرير و هو أن عتقه من الثلث،كالعتق اختيارا، استنادا الى أن اختيار السبب و هو قبوله الوصيه و قبوله الهبه فى المثالين المتقدمين اختيار للمسبب،و هو العتق المترتب على القبول،فمتى كان الأول معذورا كان الثانى كذلك،و هو يرجع الى منع كون العتق قهريا كما ادعاه ذلك القائل، بل هو اختيارى له،فإنه لو لم يقبل لما دخل فى ملكه،و لما انعتق عليه،و لما قبل باختياره ترتب عليه ذلك،فيكون من قبيل عتق العبد باختياره،و بالجمله فإنه لا يلزم من كون الخروج قهريا كونه من الأصل،و انما يلزم ذلك لو لم يكن مستندا الى اختيار المريض المتملك بالقبول،كما ذكرناه لكنه مستند اليه، و بذلك يظهر الجواب عن أحد الدليلين المتقدمين.

و أما الثانى و هو الإجماع ففيه ما ذكره شيخنا فى المسالك و لنذكره بطوله لقوه و جوده محصوله،و ان كان قد قدمنا نبذه منه فى غير موضع فيما تقدم،و هو أيضا قد خالفه فى غير موضع من كتابه هذا،لكنه الحق الحقيق بالاتباع،و ان كان قليل الاتباع،قال قدس سره:و لا يقدح دعواه الإجماع فى فتوى العلامه بخلافه،لأن الحق أن إجماع أصحابنا انما يكون حجه مع تحقق دخول المعصوم فى جمله قولهم،فان حجيته انما هو باعتبار قوله عندهم،و دخول قوله فى قولهم فى مثل هذه المسئله النظريه غير معلوم،و قد نبه المصنف فى أوائل المعتبر على ذلك،فقال:ان حجيه الإجماع لا يتحقق إلا مع العلم القطعى بدخول قول المعصوم فى قول المجمعين،و نهى عن الاغترار بمن يتحكم،و يدعى خلاف ذلك،و هذا عند الإنصاف عين الحق،فإن إدخال قول شخص غائب لا يعرف قوله فى قوله جماعه معروفين بمجرد اتفاقهم على ذلك القول بدون العلم بموافقته لهم تحكم بارد،و بها يظهر جواز مخالفه الفقيه المتأخر لغيره من المتقدمين فى كثير من المسائل التى ادعوا

فيها الإجماع،إذا قام عنده الدليل على ما يقتضى خلافهم،و قد اتفق لهم ذلك كثيرا،لكن زله القدم متسامحه عند الناس دون المتأخر،انتهى و هو جيد متين كما لا يخفى على الحاذق المكين.

### الثانيه-الصوره بحالها و لكن ملكه بغير اختيار

كحصوله له بالإرث، و ينبغى القطع بكونه من الأصل هنا،و ان قلنا فى سابق هذه الصوره بكونه من الثلث،لعدم الاختيار فى السبب و لا فى المسبب،و نقل عن التذكره أنه جعل العتق أقرب،و ربما قيل:بأنه متى قلنا فى الصوره الأولى بكونه من الثلث، فيحتمل كونه هنا كذلك،فيتحقق الملك للمريض فيكون معدودا من جمله أمواله،فانعتاقه يفوت عليهم الماليه،و فيه أنه لم يتلف على الوارث شىء مما هو محسوب مالا،لأنه بمجرد الإرث ينعتق عليه،و أيضا فإن العتق قهرى و الملك قهرى،و قد عرفت فى الصوره السابقه:أن وجه القول بكونه من الثلث انما هو لكون السبب اختياريا و هنا ليس كذلك كما عرفت.

### الثالثه-أن يملكه بعوض موروث اختيارا

،بمعنى أن يملكه باختياره بعوض لو بقى فى مده،لأنه ينتقل بعد الموت لوارثه كالشركاء بثمن المثل،فمن قال:ان المنجزات مخرجها من الأصل،فإنه يكون هنا من الأصل،و هو ظاهر، و من قال انها من الثلث ففى انعتاقه قولان:أحدهما-أنه من الثلث كما اختاره العلامه فى الإرشاد،و فى الأحكام المعنويه من القواعد،و علل بأن تملكه له باختياره سبب فى عتقه فجرى مجرى المباشره خصوصا عند من يجعل فاعل السبب فاعل المسبب كالجبائين،قال فى المسالك:و هذا هو الأصح.

و ثانيهما-نفوذه من الأصل،لأنه إنما يحجر عليه فى التبرعات،و الشراء بثمن المثل ليس بتبرع،فلا يكون محجورا عليه،و العتق حصل بغير اختياره، فلا يعتبر فيه الثلث،و هذا القول اختيار العلامه فى كيفيه التنفيذ من كتاب القواعد.

ص: ۶۳۲

و رد بأن بذل الثمن فی مقابله ما قطع بفواته و زوال مالیته بالانعتاق تضییع علی الوارث کما لو اشتری ما یقطع بموته عاجلا.

و شیخنا الشهید فی شرح الإرشاد اقتصر علی نقل القولین المذکورین،و نقل دلیل کل منهما و لم یرجح شیئا منهما و لا طعن فی شیء من الدلیلین المذکورین و هو مؤذن بالتوقف فی ذلک.

### الرابعه-أن یملکه بعوض موروث ملکا قهریا بغیر اختیاره

،بأن یکون مستندا الی حکم الشارع و أمره له به کما لو کان نذر فی حال الصحه،أو فی حال المرض ان قلنا بکونه من الأصل،بأنه ان وجد قریبه یباع بعوض،و هو قادر علیه اشتراه،فان هذا من الأصل علی القولین،و یحتمل ضعیفا کونه من الثلث بحصول السبب المقتضی للتصرف فی المرض،و وجه ضعفه بإسناد ذلک الی إیجاب الشارع فکان علیه بمنزله الدین.

### الخامسه-أن یملکه بعوض غیر موروث

کما لو آجر نفسه للخدمه به،فإنه عندهم یعتق من الأصل لعدم تفویته شیئا علی الوارث.

### السادسه-أن یملکه کذلک بغیر اختیاره،بل بإلزام الشارع

کما لو نذر تملکه بالإجاره کذلک،و الحکم فی هذه الصور کسابقتها بطریق أولی، و الله العالم.

### المسئله السادسه [فی صحه الوصیه بالإشاره و الکتابه] :

الظاهر أنه لا خلاف و لا إشکال فی صحه الوصیه بالإشاره علی المراد مع تعذر اللفظ،و کذا الکتابه مع التلفظ أیضا،و القرینه الداله علی الداله قصد الوصیه بها.

و یدل علی الأول ما رواه

فی الفقیه عن محمد بن أحمد عن السندی بن محمد عن یونس بن یعقوب عن أبی مریم (۱)ذکره عن أبیه

«أن أمامه بنت أبی العاص



---

۱- ۱) التهذیب ج ۹ ص ۲۴۱ ح ۹۳۵،الفقیه ج ۴ ص ۱۴۶ ح ۵۰۶، الوسائل ج ۱۳ ص ۴۳۷ ح ۱ و ج ۱۶ ص ۵۹ ح ۱.

و أمها زينب بنت رسول الله(صلى الله عليه و آله و سلم)كانت تحت على بن ابى طالب عليه السلام بعد فاطمه عليها السلام فخلف عليها بعد على عليه السلام المغيره بن النوفل فذكر أنها وجعت وجعا شديدا حتى اعتقل لسانها،فجاءها الحسن و الحسين عليهما السلام ابنا على عليه السلام و هى لا تستطيع الكلام:فجعلا يقولان لها و المغيره كاره لذلك:أعتقت فلانا و أهله؟ فجعلت تشير برأسها نعم،و كذا و كذا فجعلت تشير برأسها أى نعم لا تفصح بالكلام، فأجازا ذلك لها».

و رواه الشيخ بهذا السند مثله،

و رواه بسند آخر فى الصحيح عن الحلبى (۱)

«عن أبى عبد الله عليه السلام أن أباه حدثه أن أمامه.»الحديث.

و ما رواه

عبد الله بن جعفر الحميرى (۲)فى كتاب قرب الاسناد عن عبد الله بن الحسن عن على جعفر عن أخيه قال:

«سألته عن رجل اعتقل لسانه عند الموت أو امرأه فجعل أهليهما يسأله أعتقت فلانا و فلانا فيومئ برأسه أو تومئ برأسها، فى بعض نعم،و فى بعض لا،و فى الصدقه مثل ذلك،أ يجوز ذلك؟قال:نعم هو جائز».

و ما رواه

فى الكافى بسنده عن محمد بن جمهور (۳)عن بعض أصحابنا

«عن أبى عبد الله عليه السلام قال:ان فاطمه بنت أسد أم أمير المؤمنين عليه السلام كانت أول امرأه هاجرت الى رسول الله(صلى الله عليه و آله)من مكه إلى المدينه على قدميها الى أن قال:و قالت لرسول الله(صلى الله عليه و آله):انى أريد أن أعتق جاريتى هذه فقال لها:ان فعلت أعتق الله بكل عضو منها عضوا منك من النار،فلما مرضت أوصت الى رسول الله(صلى الله عليه و آله)و أمرت أن يعتق خادمها و اعتقل



---

۱- ۱) التهذيب ج ۸ ص ۲۵۸ ح ۹۳۸.الوسائل ج ۱۳ ص ۴۳۷ الباب ۴۹ ح ۲.
۲- ۲) قرب الاسناد ص ۱۱۹.الوسائل ج ۱۳ ص ۴۳۷ الباب ۴۹ ح ۲.
۳- ۳) أصول الكافى ج ۱ ص ۲۵۳ ح ۲.الوسائل ج ۱۳ ص ۴۳۷ الباب ۴۹ ح ۳.

لسانها،فجعلت تومئ إلى رسول الله(صلى الله عليه و آله)إيماء،فقبل رسول الله (صلى الله عليه و آله)وصيتها»الحديث.

و يدل على الثانى ما رواه

الصدوق عن عبد الصمد بن محمد عن حنان بن سدير (1)عن أبيه

«عن أبى جعفر عليه السلام قال:دخلت على محمد بن الحنفيه،و قد اعتقل لسانه فأمرته بالوصيه فلم يجب،قال:فأمرت بالطست فجعل فيه الرمل فوضع فقلت له:فخط بيدك قال:فخط وصيته بيده فى الرمل و نسخت أنا فى صحيفه». و ما رواه الشيخ عن محمد بن أحمد بن يحيى عن عبد الصمد بن محمد مثله،انما الخلاف و الاشكال فى الاكتفاء بالكتابه فى الاختيار،فظاهر أكثر الأصحاب عدم الاكتفاء بذلك.

قال شيخنا الشهيد الثانى فى الروضه بعد قول المصنف انه يكفى الإشاره و الكتابه مع تعذر اللفظ-ما صورته:و لا تكفيان مع الاختيار و ان شوهد كاتبا أو علم خطه أو عمل الورثه ببعضها،خلافا للشيخ فى الأخير أو قال:انه بخطى، و أنا عالم به،و هذه وصيتى فاشهدوا على بها،و نحو ذلك بل لا بد من تلفظه أو قرائته عليه و اعترافه بعد ذلك،لأن الشهاده مشروطه بالعلم،و هو منفى هنا خلافا لابن الجنيد حيث اكتفى به مع حفظ الشاهد له عنده،ثم قال:و الأقوى بقراءه الشاهد له مع نفسه مع اعتراف الوصى بمعرفه ما فيه و أنه موصى به،و كذا القول فى المقر،انتهى.

أقول:أما ما نقله عن الشيخ فإنه إشاره الى ما ذكره فى النهايه حيث قال:

إذا وجدت وصيه بخط الميت،و لم يكن اشهد عليها و لا أقر بها كان الورثه بالخيار بين العمل بها و بين ردها و إبطالها،فإن عملوا بشيء منها لزمهم العمل بجميعها، و اعترضه ابن إدريس فى ذلك،فقال:و قد روى أنه إذا وجدت وصيه بخط الميت



---

1- 1) الفقيه ج 4 ص 146 ح 505،التهذيب ج 9 ص 241 ح 934، الوسائل ج 13 ص 436 ح 1.

و لم یکن أشـهد علیهـا و لا أمر بها،فإن الورثه بالخیار بین العمل بها و بین ردها و إبطالها،فإن عملوا بشـیء منها لزمهم العمل بها جمیعا،علی ما روی فی بعض الأخبار و أورده شـیخنا أبو جعفر فی نهایته،و الذی یقتضـیه أصول مذهبنا أنهم إذا أقروا بشیء منها و قالوا به،و قالوا:ان هـذا حسب صـحیح أوصـی به دون ما عـداه مما فی هذا المکتوب،فإنه لا یلزم العمل بجمیع ما فی المکتوب إلا بما أقروا به دون ما عـداه،و انما هـذه روایه و خبر واحـد أورده الشـیخ إیرادا،و قـد بینا أن أخبار الآحاد لا یجوز العمل بها فی الشرعیات،انتهی.

أقول و الذی وقفت علیه فی الاخبار مما یتعلق بهذه المسئله هو ما رواه

الصدوق(قدس الله روحه)عن إبراهیم بن محمد الهمدانی (۱)قال:

«کتبت الی أبی الحسن علیه السـلام:رجل کتب کتابا بخطه و لم یقل لورثته هذه وصـیتی و لم یقل انی قد أوصـیت،إلا أنه کتب کتابا فیه ما أراد أن یوصی به،هل یجب علی ورثته القیام بما فی الکتاب بخطه و لم یأمرهم بذلک؟فکتب علیه السلام:ان کان له ولد، ینفذون کل شـیء یجدون فی کتاب أبیهم فی وجه البر أو غیره». و رواها الشـیخ فی التهذیب أیضا الا أنه قد سقط من قلمه مـا بین کتـاب الأـول الی کتـاب الثـانی، و الأـقرب من سـقط قلمه کمـا وقع له أمثـال ذلـک ممـا لاـ یحصـی فی متون الأخبار و أسانیدها،و قد قدمنا التنبیه علیه فی جمله من مواضع کتب العبادات.

و أنت خـبیر بـأن الروایه المـذکوره ظـاهره فی وجوب تنفیـذ مـا یجـدونه فی وصـیته بخطه بخلاـف مـا ذکره الأصـحاب من منع ذلک،و تخصیص الجواز بحال الضروره و عدم إمکان التلفظ.

و أما ما ذکره الشیخ فی النهایه من أن الورثه بالخیار بین العمل بها إذا کانت کذلک،و بین ردها و ابطالها،و أنه مع اختیار العمل بشیء منها یلزمهم



---

۱- ۱) التهذیب ج ۹ ص ۲۴۲ ح ۹۳۶ مع اختلاف یسیر،الفقیه ج ۴ ص ۱۴۶ ح ۵۰۷،الوسائل ج ۱۳ ص ۴۳۷ ح ۲.

العمل بجميعها،فلم يصل إلينا فيه خبر،و لا ورد به أثر،فقول ابن إدريس«و قد روى أنه إذا وجدت وصيه»الى آخر كلامه الظاهر أنه من قبيل ما قدمنا ذكره فى غير موضع،من أن الشيخ لما كانت عادته غالبا الإفتاء فى كتاب النهايه بمتون الأخبار،توهم ابن إدريس أن هذه الفتوى من الشيخ مستنده الى خبر وصل اليه بذلك،فنازعه فيه بناء على ذلك،و احتمال وصول خبر الى الشيخ بذلك مع عدم وصوله لنا و ان أمكن،إلا أنه بعيد،سيما بعد ما عرفت من النظائر التى قدمنا ذكرها من إفتاء الشيخ فى الكتاب المذكور،و اعتراض ابن إدريس عليه بأنه خبر واحد،مع أنه لم يرد فى تلك الفتوى خبر بالكليه،و كيف كان فحيث قد عرفت أن هذه الفتوى من الشيخ لما لم يرد لها مستند من الأخبار فلا تعويل عليها.

و انما يبقى الكلام فى خبر الهمدانى المذكور،و ما دل عليه من وجوب العمل بالوصيه المكتوبه بخطه،و ان لم تخبر ورثته بها بالكليه،فإن ظاهر الأصحاب (رضوان الله عليهم)كما عرفت عدم العمل بهذه الوصيه،و الظاهر أنهم لم يقفوا على الخبر المذكور،و إلا لأجابوا عنه،ورد الخبر من غير معارض شرعى و لا دليل مرعى غير مسموع،و ظاهر صاحب الفقيه العمل به،و القول بما دل عليه، و سند الخبر المذكور فى الفقيه صحيح أو حسن،لأن طريقه الى إبراهيم المذكور حسن،أو صحيح بإبراهيم بن هاشم،و أما إبراهيم بن محمد الهمدانى المذكور فهو و ان لم يكن حديثه فى الصحيح فلا أقل ان يكون فى الحسن،لما ذكره علماء الرجال فيه،من أنه كان وكيل الناحيه،و كان حج أربعين سنه،و عن الكشى توثيقه فى ترجمه أحمد بن إسحاق،و روى توكيله و جلاله قدره فى بعض التوقيعات.

و بالجمله فإن الخبر المذكور حسن السند،واضح المتن،لا تطرق للطعن فيه بوجه من الوجوه و لا معارض له كما عرفت إلا مجرد كلامهم،فالعمل به متعين،و الله العالم.

## ختام به الإتمام:

يشمل علی جمله من أخبار نوادر الأحکام.

روی المشایخ الثلاثه(عطر الله مراقدهم)عن علی بن یقطین (۱)قال:

« سألت أبا الحسن علیه السلام عن رجل أوصی الی امرأه،و أشرک فی الوصیه معها صبیا؟ فقال:یجوز ذلک،و تمضی المرأه الوصیه و لا تنتظر بلوغ الصبی فإذا بلغ الصبی فلیس له أن لا یرضی إلا ما کان من تبدیل أو تغییر،فان له أن یرده الی ما أوصی به المیت». و هو صریح فی جواز الوصیه إلی المرأه.

و روی فی التهذیب و الفقیه عن السکونی (۲)

«عن جعفر بن محمد عن أبیه عن آبائه علیهم السلام قال:قال أمیر المؤمنین علیه السلام:المرأه لا یوصی إلیها،لأن الله تعالی قال وَ لاٰ تُؤْتُوا السُّفَهٰاءَ أَمْوٰالَکُمُ ». و هذا الخبر حمله فی التهذیبین علی الکراهه أو التقیه،قال:لأنه مذهب کثیر من العامه قال:و انما قلنا بذلک لإجماع علماء الطائفه علی الفتوی بالخبر الأول،و أشار به الی خبر علی بن یقطین المذکور، و قال فی الفقیه بعد أن عنون الباب بکراهه الوصیه إلی المرأه تم أورد

خبر السکونی قال:و فی خبر آخر (۳)

«سئل أبو جعفر علیه السلام عن قول الله عز و جل (۴)وَ لاٰ تُؤْتُوا السُّفَهٰاءَ أَمْوٰالَکُمُ »قال:لا تؤتوها شارب الخمر و لا النساء،ثم قال:

و أی سفیه أسفه من شارب الخمر». ثم قال:فی الفقیه و انما یعنی کراهه اختیار المرأه للوصیه،فمن أوصی إلیها لزمها القیام بالوصیه علی ما تؤمر به و یوصی إلیها ان شاء الله تعالی،انتهی.



---

۱- ۱) الکافی ج ۷ ص ۴۶ ح ۱،التهذیب ج ۹ ص ۱۸۴ ح ۷۴۳،الفقیه ج ۴ ص ۱۵۵ ح ۵۳۸.الوسائل ج ۱۳ ص ۴۳۹ ح ۲.

۲- ۲) التهذیب ج ۹ ص ۲۴۵ ح ۹۵۳،الفقیه ج ۴ ص ۱۶۸ ح ۵۸۵.الوسائل ج ۱۳ ص ۴۴۲ ح ۱.

۳- ۳) الفقیه ج ۴ ص ۱۶۸ ح ۵۸۶.الوسائل ج ص ۴۴۲ ح ۲.

۴- ۴) سوره النساء-الایه ۴.

أقول:و الأقرب الحمل على التقيه التى هى أحد القواعد المنصوصه فى الجمع بين الأخبار،دون الكراهه،و ان كانت هى المعمول عليها بينهم و بلغ فى الاشتهار غايته.

و روى ثقه الإسلام عن أبى بصير (۱)فى الموثق عن ابى عبد الله عليه السلام قال:

أعتق أبو جعفر عليه السلام من غلمانه عند موته شرارهم،و أمسک خيارهم،فقلت له:أبه تعتق هؤلاء،و تمسک هؤلاء فقال:انهم قد أصابوا منى ضربا فيكون هذا بهذا».

و رواه الشيخ و الصدوق مثله.

أقول:فيه دلاله على استحباب عتق من ضربه السيد،و ان كان هو استحقاق.

و روى المشايخ الثلاثه عن عمر بن يزيد (۲)

«عن أبى عبد الله عليه السلام قال:

مرض على بن الحسين عليه السلام ثلاث مرضات،فى كل مرض يوصى بوصيه،فإذا أفاق أمضى وصيته».

أقول:يفهم من هذا الخبر استحباب إمضاء الوصيه بعد البرء من ذلک المرض الذى أوصى فيه.

و عن أحمد بن حمزه (۳)قال:

«قلت له:ان فى بلدنا ربما أوصى بالمال لآل محمد عليهم السلام،فيأتونى به فأكره أن أحمله إليک حتى أستأمرک،فقال:

لا تأتنى به و لا تعرض له».

أقول:الظاهر أنه محمول على التقيه،لأن الظاهر أن المسئول هو الكاظم عليه السلام و كانت التقيه فى وقته شديده،و أحمد بن حمزه فى زمانه عليه السلام كان من الوكلاء.



---

۱- ۱) الكافى ج ۷ ص ۵۵ ح ۱۳ التهذيب ج ۹ ص ۲۴۶ ح ۹۵۶، الفقيه ج ۴ ص ۱۷۱ ح ۶۰۰،الوسائل ج ۱۳ ص ۴۷۲ الباب ۸۴.

۲- ۲) الكافى ج ۷ ص ۵۶ ح ۱۴ التهذيب ج ۹ ص ۲۴۶ ح ۹۵۵، الفقيه ج ۴ ص ۱۷۲ ح ۶۰۱،الوسائل ج ۱۳ ص ۴۷۲ الباب ۸۵.

۳- ۳) الكافى ج ۷ ص ۵۸ ح ۳ التهذيب ج ۹ ص ۲۳۳ ح ۹۱۱، الفقيه ج ۴ ص ۱۷۴ ح ۶۱۱،الوسائل ج ۱۳ ص ۴۸۰ ح ۱.

و عن حماد بن عثمان (۱)فی الصحیح أو الحسن

«عن أبی عبد الله علیه السلام قال:

أوصـی رجل بثلاثین دینارا لولد فاطمه علیها السـلام قال:فأتی بها الرجل أبا عبد الله علیه السـلام فقال له أبو عبد الله علیه السـلام ادفعها الی فلان،شیخ من ولد فاطمه علیها السلام،و کان معیلا مقلا،فقال له الرجل:إنما أوصی بها الرجل لولد فاطمه علیها السلام فقال له أبو عبد الله علیه السلام:

انها لا تقع من ولد فاطمه علیها السلام و هی تقع من هذا الرجل و له عیال».

أقول:الظاهر أنه لما علم علیه السـلام أن هذا الموصی به لا یسع ولد فاطمه علیها السلام جمیعا لکثرتهم،أو لا یمکن إیصاله إلیهم لتفرقهم،و انما یمکن إعطاؤه لبعض منهم خص هذا الشیخ المعیل به،حیث انها یقع منه و ینتفع بها.

و روی فی الکافی قال:

و کتب إبراهیم بن محمد الهمدانی (۲)إلیه علیه السلام میت.

و روی فی التهذیب عن إبراهیم بن محمد الهمدانی قال:کتبت الیه میت، و رواه الشیخ بسند آخر عن أحمد بن هلال قال:

«کتبت الی أبی الحسن علیه السـلام میت أوصـی بأن یجری علی رجل ما بقی من ثلثه،و لم یأمر بإنفاذ ثلثه هل للوصی أن یوقف ثلث المیت بسبب الاجراء فکتب علیه السلام:ینفذ ثلثه و لا یوقف».

أقول:الظـاهر أن معنی الخبر المـذکور أنه أوصـی أن ینفق علی رجل من ثلثه ما بقی ذلک الرجل،فلو مات الرجل قبل نفاد الثلث یرجع الباقی الی ورثه الموصـی و لم یأمر بإنفاذ الثلث،أی لم یوص الیه بالثلث کملا علی وجه ینحصـر اسـتحقاقه فیه و فی ورثته من بعده،فهل للوصی أن یقطع الاجراء علیه و یجعله موقوفا؟حیث انه لم یوص له بالثلث کملا و لم یستحقه کملا بالوصیه،فکتب علیه السلام:

لیس له أن یوقفه،بل یجب أن یجری علیه النفقه من الثلث ما دام الرجل موجودا و الثلث باقیا کما هو مقتضی الوصیه.



---

۱- ۱) الکافی ج ۷ ص ۵۸ ح ۲،التهذیب ج ۹ ص ۲۳۳ ح ۹۱۲.الوسائل ج ۱۳ ص ۴۸۰ ح ۲.

۲- ۲) الکافی ج ۷ ص ۳۶ ح ۳۲،التهذیب ج ۹ ص ۱۴۴ ح ۵۹۹ و ص ۱۹۷ ح ۷۸۷،الفقیه ج ۴ ص ۱۷۷ ح ۵۲۵.الوسائل ج ۱۳ ص ۳۳۰ الباب ۷.

و أما ما توهمه بعض متأخری المتأخرین (۱)من مشایخنا(رضوان الله علیهم) من احتمال حمل یوقف علی أنه یجعل الثلث وقفا و یجری علیه من حاصل الوقف،فهو بعید سحیق بل غریب من مثله(قدس سره).

و روی الشیخ فی التهذیب عن صفوان بن یحیی (۲)

«عن أبی الحسن علیه السلام قال:سالته عن الرجل یوقف ثلث المیت بسبب الاجراء؟فکتب:ینفذ ثلثه و لا یوقف».

أقول:إجمال هذا محمول علی التفصیل الذی تقدم فی سابقه،و حاصل السؤال أنه هل للوصی إذا أوصی المیت بإجراء ثلثه و صرفه فی مصرف مخصوص أن یجعله موقوفا و لا یجریه فی ذلک المجری،فمنع علیه السلام من ذلک و أوجب إنفاذه فیما أوصی به الموصی.

و روی فی الکافی و التهذیب عن الحسین بن إبراهیم بن محمد الهمدانی (۳)قال:کتب محمد بن یحیی و روی فی الفقیه عن الحسین بن إبراهیم قال:

«کتبت مع محمد بن یحیی هل للوصی أن یشتری شیئا من مال المیت إذا بیع فیمن زاد و یزید؟و یأخذ لنفسه؟فقال:یجوز إذا اشتری صحیحا.

أقول:المشهور بین الأصحاب هو الجواز فی هذه الصوره،و نقل عن الشیخ القول بالمنع استنادا الی أن الواحد لا یکون موجبا و قابلا فی عقد واحد،لأن الأصل فی العقد أن یکون بین اثنین إلا ما أخرجه دلیل و هو الأب و الجد،ورد بأن مرجعه الی منع تولیه طرفی العقد و هو ممنوع،إذ لم یقم علیه دلیل مع أصاله الجواز،و وجود النظیر فی الأب و الجد کما اعترف به،و لا دلیل علی



---

۱- ۱) هو شیخنا محمد تقی والد محمد باقر المجلسی(رحمه الله).

۲- ۲) التهذیب ج ۹ ص ۱۴۴ ح ۶۰۰.الوسائل ج ۱۳ ص ۳۳۱ ح ۲.

۳- ۳) الکافی ج ۷ ص ۵۹ ح ۱۰،التهذیب ج ۹ ص ۲۳۳ ح ۹۱۳.الفقیه ج ۴ ص ۱۶۲ ح ۵۶۶.الوسائل ج ۱۳ ص ۴۷۵ الباب ۸۹.

اختصاصهما بذلک،و هذه الروایه کما تری ظاهره فی الجواز،و جمله من الأصحاب قد ذکروها،لکن لم یجعلوها دلیلا لضعف رجالها و جهاله المکتوب الیه،و انما جعلوها شاهدا و مؤیدا،و قد تقدم الکلام فی المسئله فی غیر موضع و بینا أنه لم یقم دلیل علی المنع من تولیه الواحد طرفی العقد إلا فی النکاح کما دلت علیه موثقه عمار (۱).

و روی المشایخ الثلاثه(تغمدهم الله تعالی برحمته)عن سعد بن إسماعیل عن أبیه (۲)قال:

«سألت الرضا علیه السلام عن وصیی أیتام تدرک أیتامه فیعرض علیهم أن یأخذوا الذی لهم فیأبون علیه،کیف یصنع؟قال:یرده علیهم و یکرههم».

و هو دال علی وجوب القبض علیهم،و کذا کل من له مال حال دفعه من غریمه فإنه یجب علیه قبضه.

و روی فی الکافی عن محمد بن عیسی (۳)فی الصحیح عمن رواه

«عن أبی عبد الله علیه السلام قال:فی رجل مات و أوصی الی رجل و له ابن صغیر فأدرک الغلام و ذهب الی الوصی فقال:رد علی مالی لأتزوج فأبی علیه فذهب حتی زنی قال:

یلزم ثلثی إثم زنا هذا الرجل ذلک الوصی الذی منعه المال و لم یعطه،فکان یتزوج».

أقول:لعل التمثیل بالثلثین کنایه عن بیان القسط الذی یلزم بسبب المنع، و أنه المعظم من الإثم و الأکثر منه.

و روی فی الکافی و التهذیب عن جعفر بن عیسی (۴)قال:

«کتبت الی أبی



---

۱- ۱) التهذیب ج ۷ ص ۳۷۸ ح ۵.الوسائل ج ۱۴ ص ۲۱۷ ح ۴.
۲- ۲) الکافی ج ۷ ص ۶۸ ح ۱،التهذیب ج ۹ ص ۲۴۵ ح ۹۵۱،الفقیه ج ۴ ص ۱۶۵ ح ۱.الوسائل ج ۱۳ ص ۴۳۶ الباب ۴۷.
۳- ۳) الکافی ج ۷ ص ۶۹ ح ۹.الوسائل ج ۱۳ ص ۴۳۵ ح ۱.
۴- ۴) الکافی ج ۷ ص ۵۹ ح ۹،التهذیب ج ۹ ص ۲۳۳ ح ۹۱۴.الوسائل ج ۱۳ ص ۴۸۰ ح ۱.

الحسن علیه السلام أسأله فی رجل أوصی ببعض ثلثه من بعد موته من غله ضیعه له الی وصیه،یضعه فی مواضع سماها له معلومه فی کل سنه،و الباقی من الثلث یعمل فیه ما شاء و رأی الوصی،فأنفذ الوصی ما أوصی به الیه من المسمی المعلوم،و قال فی الباقی:قد صیرت لفلان کذا،و لفلان کذا فی کل سنه،و فی الحج کذا،و فی الصدقه کذا فی کل سنه،ثم بدا له فی ذلک فقال:قد شئت الأول و رأیت خلاف مشیتی الأولی و رأیی،إله أن یرجع فیها و یصیر ما صیرهم لغیرهم و ینقصهم،أو یدخل معهم غیرهم،ان أراد ذلک،فکتب:ذلک له أن یفعل ما شاء إلا أن یکون کتب علی نفسه کتابا».

أقول:لعل المراد من الاستثناء هو أن یکون قد کتب کتابا علی نفسه لمن عین له شیئا من تلک الوصایا،بحیث انه یلزم عند القضاء لو رفع الأمر إلیهم،و ان کان یجوز له الرجوع بالنظر الی الواقع و فیما بینه و بین الله تعالی.

و یحتمل علی بعد أن یکون قد ملکهم ذلک بوجه شرعی علی وجه لا یجوز له الرجوع،و کتب لهم کتابا بذلک،أو یکون کتابه الکتاب کنایه عن التملیک.

و روی فی التهذیب عن علی بن سالم (۱)قال:

«سألت أبا الحسن موسی علیه السلام فقلت:ان أبی أوصی بثلاث وصایا فأیهن آخذ؟فقال:خذ بآخرهن،قال:

قلت:فإنها أقل،قال:فقال:و ان قل».

أقول الظاهر ان هذه الوصایا الثلاث علی البدل،و الرجوع عن المتقدم منها إلی المتأخر،فلذا أمره بالأخذ بالوصیه الأخیره،لأنها ناسخه لما تقدمها، و قد استفاضت الأخبار،بأن له العدول ما دام حیا بالتقدیم و التأخیر،و الزیاده و النقصان،و نحو ذلک.

و منها ما رواه

فی الفقیه عن محمد بن عیسی بن عبید (۲)قال:

«کتبت الی



---

۱- ۱) التهذیب ج ۹ ص ۲۴۳ ح ۹۴۲.الوسائل ج ۱۳ ص ۳۸۷ ح ۷.

۲- ۲) الفقیه ج ۴ ص ۱۷۳ ح ۸.الوسائل ج ۱۳ ص ۳۸۷ ح ۶.

على بن محمد عليهما السلام رجل أوصى لك بشىء معلوم من ماله و أوصى لأقربائه من قبيل أبيه و أمه،ثم أنه غير الوصيه،فحرم من أعطى،و أعطى من حرم،أ يجوز ذلك؟فكتب عليه السلام:هو بالخيار فى جميع ذلك الى أن يأتيه الموت».

و روى فى الكافى عن سعيد بن يسار (۱)

«عن ابى عبد الله عليه السلام فى رجل دفع الى رجل مالا و قال:إنما أدفعه إليك ليكون ذخرا لابنتى فلانه و فلانه،ثم بدا للشيخ بعد ما دفع المال أن يأخد منه خمسه و عشرين و مائه دينار فاشترى بها جاريه لابن ابنه،ثم ان الشيخ هلك فوقع بين الجاريتين و بين الغلام أو إحداهما فقالتا له:ويحك و الله انك لتنكح جاريتك حراما،انما اشتراها أبونا لك من مالنا الذى دفعه الى فلان فاشترى لك منه هذه الجاريه،فأنت تنكحها حراما لا تحل لك،فأمسك الفتى عن الجاريه فما ترى فى ذلك؟قال:أ ليس الرجل الذى دفع المال أبا الجاريتين،و هو جد الغلام و هو اشترى له الجاريه؟قلت بلى فقال:قل له فليأت جاريته إذا كان الجد هو الذى أعطاه و هو الذى أخذه». أقول:

الوجه فى هذا الخبر ما تقدم فى سابقه.

و روى فى الكافى عن عمار بن مروان (۲)قال:

«قلت لأبى عبد الله عليه السلام:ان أبى حضره الموت فقيل له:أوص فقال:هذا ابنى يعنى عمر فما صنع فهو جائز، فقال أبو عبد الله عليه السلام:فقد أوصى أبوك و أوجز قلت:فإنه أمر لك بكذا و كذا فقال أجره،قلت؟و أوصى بنسمه مؤمنه عارفه فلما أعتقناه بان لنا أنه لغير رشده، فقال:قد أجزأت عنه،انما مثل ذلك مثل رجل اشترى أضحيه على أنها سمينه فوجدها مهزوله فقد أجزأت عنه».

أقول:فيه إشاره إلى كفر ابن الزنا كما هو أحد القولين،و قد تقدم تحقيق القول فيه فى كتاب الطهاره،و فيه دلاله على حصول الوصيه بالحواله إلى اختيار الوصى



---

۱- ۱) الكافى ج ۷ ص ۶۶ ح ۳۱،التهذيب ج ۹ ص ۲۳۸ ح ۹۲۶.الوسائل ج ۱۳ ص ۳۸۶ ح ۵.
۲- ۲) الكافى ج ۷ ص ۶۲ ح ۱۷ التهذيب ج ۹ ص ۲۳۶ ح ۹۲۰.الوسائل ج ۱۳ ص ۴۸۱ ح ۲.

و روی الشیخ فی التهذیب عن عنبسه العابد (۱)قال:

«قلت لأبی عبد الله علیه السلام:

أوصنی فقال:أعد جهازک و قدم زادک و کن وصی نفسک و لا تقل لغیرک یبعث إلیک بما یصلحک».

و روی المشایخ الثلاثه عن السکونی (۲)

«عن أبی عبد الله علیه السلام قال:قال:

أول شیء یبدأ به من المال الکفن،ثم الدین ثم الوصیه ثم المیراث».

و رواه فی التهذیب بسند آخر عن إسماعیل بن ابی زیاد (۳)

«عن جعفر عن أبیه علیهما السلام قال:قال رسول الله(صلی الله علیه و آله):أول ما یبدأ به من المال الکفن»الحدیث.

و روی المشایخ الثلاثه عن محمد بن قیس (۴)فی الصحیح

«عن أبی جعفر علیه السلام قال:قال أمیر المؤمنین:ان الدین قبل الوصیه ثم الوصیه علی أثر الدین ثم المیراث بعد الوصیه،فإن أول القضاء کتاب الله».

أقول:لا خلاف بین الأصحاب فی تقدیم الکفن علی ما بعده کما دلت علیه جمله من الأخبار،و انما الإشکال فی شموله للواجب و المستحب،أو التخصیص بالأول،و لم أقف لأحد من الأصحاب علی کلام فی ذلک،و الظاهر التخصیص بالواجب أخذا بالمتیقن فیما خالف الأصل،و أما تقدیم الدین علی الوصیه فهو ظاهر لتعلق الدین بذمه المیت،و لهذا وجب خروجه من الأصل بخلاف الوصیه و أما تقدیم الجمیع علی المیراث فلما تکاثر فی الآیات من قوله عز و جل (۵)



---

۱- ۱) الکافی ج ۷ ص ۶۵ ح ۲۹،التهذیب ج ۹ ص ۲۳۷ ح ۹۲۴.الوسائل ج ۱۳ ص ۴۸۳ الباب ۹۸.
۲- ۲) الکافی ج ۷ ص ۲۳ ح ۳،التهذیب ج ۹ ص ۱۷۱ ح ۶۹۸،الفقیه ج ۴ ص ۱۴۳ ح ۴۸۸.الوسائل ج ۱۳ ص ۴۰۶ ح ۱.
۳- ۳) التهذیب ج ۶ ص ۱۸۸ ح ۳۹۸.الوسائل ج ۱۳ ص ۹۸ ح ۲.
۴- ۴) الکافی ج ۷ ص ۲۳ ح ۱،التهذیب ج ۹ ص ۱۶۵ ح ۶۷۵،الفقیه ج ۴ ص ۱۴۳ ح ۴۸۹.الوسائل ج ۱۳ ص ۴۰۶ ح ۲.
۵- ۵) سوره النساء-الایه ۱۲.

«مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِى بِهٰا أَوْ دَيْنٍ» .

و روی فی الکافی و التهذیب عن سعد بن إسماعیل (۱)عن أبیه قال:

«سألت الرضا علیه السلام عن رجل حضره الموت فأوصی الی ابنه و أخوین شهد الابن وصیته، و غاب الأخوان،فلما کان بعد أیام أبیا أن یقبلا الوصیه مخافه أن یتوثب علیهما ابنه و لم یقدرا أن یعملا بما ینبغی،فضمن لهما ابن عم لهما و هو مطاع فیهم أن یکفیهما ابنه،و قد خلا بهذا الشرط فلم یکفهما ابنه و قد اشترطا علیه ابنه، و قالا:نحن نبرأ من الوصیه و نحن فی حل من ترک جمیع الأشیاء و الخروج منه، أ یستقیم أن یخلیا عما فی أیدیهما و یخرجا منه؟قال:هو لازم لک،فارفق علی أی الوجوه کان،فإنک مأجور لعل ذلک یحل بابنه».

قال المحدث الکاشانی فی الوافی:لما استفرس علیه السلام أن السائل هو أحد الأخوین خاطبه باللزوم و الرفق،و لعل المراد بالمشار الیه بذلک الموت لما ثبت ان مثل هذه المناقشات المالیه مما تعجل الأجل،أو المراد به ان رفق یعنی لعله بسبب رفقک به یصیر رفیقا منقادا،انتهی و هو جید،و فیه إشاره الی ما تقدم مما اخترناه فی المسئله الرابعه من المقصد السادس فی الوصایه من وجوب القیام بالوصیه علی من جعل وصیه فی حال غیبته،و مات الموصی و ان لم یقبل بعد بلوغ الخبر له،و علی ذلک دلت جمله من الأخبار المتقدمه ثمه،و لهذا أنه علیه السلام ألزم السائل لما عرف أنه أحد الوصیین بالقیام بالوصیه حسب الإمکان،و أمر بالرفق مع الابن و لم یرخص له فی الخروج و الترک بالکلیه،و فیه رد علی من خالف فی المسئله ممن قدمنا ذکره ثمه.

و روی فی التهذیب عن صفوان (۲)قال:

«سألت أبا الحسن علیه السلام عن رجل کان لرجل علیه مال فهلک،و له وصیان،فهل یجوز أن یدفع الی أحد الوصیین



---

۱- ۱) الکافی ج ۷ ص ۶۰ ح ۱۴،التهذیب ج ۹ ص ۲۳۴ ح ۹۱۶.

۲- ۲) التهذیب ج ۹ ص ۲۴۳ ح ۹۴۱. و هما فی الوسائل ج ۱۳ ص ۳۹۹ ح ۶ و ص ۴۴۰ ح ۲.

دون صاحبه؟قال:لا يستقيم إلا أن يكون السلطان قد قسم المال فوضع على يد هذا النصف،و على يد هذا النصف،أو يجتمعان بأمر السلطان.

أقول:لا يخفى ما فى هذا الخبر من الغموض،قال فى الوافى لعل المراد «إلا أن يكون السلطان أمر بوضع هذا المال عند أحد الوصيين بمقاسمته بينهما أو يجتمع أحد الوصيين مع المدين بأمره»،انتهى.

و لا يخفى ما فيه من الضعف،و ظاهر كلامه أن المراد بالمال الذى قسمه السلطان هو مال المدين،و المتبادر من الخبر انما هو مال التركه،و على كل منهما فإنه لا يحصل الدفع الى أحد الوصيين كما يقتضيه الاستثناء،و بالجمله فإنه لا يظهر لى منه معنى،يمكن الاعتماد عليه.

و الشيخ فى الاستبصار حمله على السلطان العادل دون الجائر،إلا للتقيه، و هو أمر خارج عن محل الإشكال،فإنه نظر أن مقتضى حكم المسئله كما تقدم هو عدم جواز انفراد الوصيين متى شرط الاجتماع أو أطلق،فتجويز المقاسمه و الانفراد هنا انما رخصه،ان حمل السلطان على السلطان العادل،و ان حمل على الجائر وجب الحمل على التقيه،لما عرفت من أن الحكم عدم جواز الانفراد و المقاسمه،و هذا أمر آخر غير ما ذكرنا أولا.

و روى المشايخ الثلاثه(قدس الله أرواحهم عن البزنطى (۱)بإسناد له

«أنه سئل عن رجل يموت و يترك عيالا و عليه دين،أ ينفق عليهم من ماله؟قال:

ان استيقن ان الذى عليه،يحيط بجميع التركه فلا ينفق عليهم،و ان لم يستيقن فلينفق عليهم من وسط المال».

و رواه فى الكافى و التهذيب بسند آخر عن عبد الرحمن بن الحجاج (۲)عن أبى الحسن عليه السلام مثله،إلا أنه قال

«ان كان يستيقن أن الذى ترك يحيط



---

۱- ۱) الكافى ج ۷ ص ۴۳ ح ۱،التهذيب ج ۹ ص ۱۶۴ ح ۶۷۲،الوسائل ج ۱۳ ص ۴۰۷ ح ۱.
۲- ۲) الكافى ج ۷ ص ۴۳ ح ۲،التهذيب ج ۹ ص ۱۶۵ ح ۶۷۳، الفقيه ج ۴ ص ۱۷۱ ح ۵۹۹،الوسائل ج ۱۳ ص ۴۰۸ ح ۲.

بجميع دينه فلا ينفق عليهم،و ان لم يستيقن فلينفق عليهم من وسط المال».

قال فی الکافی:و کأنه سهو من بعض الرواه.

و روی فی الکافی و التهذیب عن علی بن أبی حمزه (۱)

«عن أبی الحسن علیه السلام قال:قلت له:ان رجلا من موالیک مات و ترک ولدا صغارا و ترک شیئا و علیه دین و لیس یعلم به الغرماء،فان قضاه بقی ولده لیس لهم شیء،فقال أنفقه علی ولده».

و الشیخ فی التهذیبین طعن فیه بقطع الاسناد حیث ان المروی عن علی بن أبی حمزه بعض أصحابنا،و طعن فیه بمخالفه القرآن،و احتمل بعض مشایخنا المحدثین حمله علی أنه علیه السلام کان عالما بأنه لا حق لأرباب الدیون فی تلک الواقعه أو أنهم کانوا نواصب،فأذن فی التصرف فی أموالهم،أو علی أنهم کانوا بمعرض الضیاع و التلف،فیلزم الإنفاق علیهم من أی مال تیسر.

أقول:و کیف کان فان الخبر علی ظاهره غیر معمول علیه،لما تقدم من أن الدین متقدم علی الإرث،فلا بد فی تصحیح ما دل علیه من التأویل بأحد الوجوه المذکوره و نحوها،کأن یکون الأخذ قرضا من حیث الضروره أو ضمان الوصی ذلک،أو نحو ذلک.

و روی المشایخ الثلاثه فی الصحیح أو الحسن عن معاویه بن عمار (۲)قال:

«أوصت الی امرأه من أهلی بثلث مالها،و أمرت أن یعتق و یحج و یتصدق فلم یبلغ ذلک،فسألت أبا حنیفه عنها فقال:یجعل أثلاثا،ثلثا فی العتق، و ثلثا فی الحج،و ثلثا فی الصدقه،فدخلت علی أبی عبد الله علیه السلام فقلت له ان امرأه من أهلی ماتت و أوصت الی بثلث مالها،و أمرت أن یعتق عنها و یتصدق و یحج عنها.فنظرت فیه فلم یبلغ،فقال:ابدأ بالحج فإنه فریضه من فرائض الله

ص:۶۴۸

---

۱- ۱) الکافی ج ۷ ص ۴۳ ح ۳،التهذیب ج ۹ ص ۱۶۵ ح ۶۷۴،الوسائل ج ۱۳ ص ۴۰۸ ح ۳.

۲- ۲) الکافی ج ۷ ص ۱۹ ح ۱۴،التهذیب ج ۹ ص ۲۲۱ ح ۸۶۹،الوسائل ج ۱۳ ص ۴۵۵ ح ۱.

تعالی،و تجعل ما بقی طائفه فی العتق و طائفه فی الصدقه،فأخبرت أبا حنیفه بقول أبی عبد الله علیه السلام،فرجع عن قوله و قال:بقول أبی عبد الله علیه السلام. و بهذا المضمون أخبار أخر.

أقول:حکمه علیه بتقدیم الحج لکونه فریضه،إما لعلمه علیه بکونها لم تحج حجه الإسلام،أو لفهم ذلک بقرینه المقام،و إلا فالسؤال بحسب الظاهر مجمل، و ظاهره أنه لو کان الحج مستحبا کان الحکم فی ذلک ما ذکره أبو حنیفه من القسمه أثلاثا.

بقی فی الحدیث اشکال من وجه آخر،و هو أن السائل أخبر بأن الثلث الموصی به لا یقوم بالحج و الصدقه و العتق،بل متی صرف فی واحد أو اثنین لزم الإخلال بالباقی فکیف علیه السلام یأمره بالبدأه بالحج،ثم بعد ذلک یجعل ما بقی طائفه فی العتق و طائفه فی الصدقه،فإنه ظاهر فی أن الثلث یقوم بالجمیع،اللهم إلا أن یراد انه ان بقی شیء یقوم بهذین الآخرین صرف فیهما،أو بواحد منهما صرف فیه،و إلا فلا.

و بالجمله فإن النقص انما یدخل فیما عدا الحج خاصه،و یحتمل أن یکون المراد أن ما بقی یصرف فیهما فیشتری نسمه للعتق بما یناسب الباقی من القله و الصدقه یکفی فیها المسمی.

و روی الشیخ فی التهذیب عن محمد بن الحسن (۱)أنه

«قال لأبی جعفر علیه السلام:

جعلت فداک قد اضطر الی مسئلتک فقال:هات فقلت:ان سعد بن سعد أوصی حجوا عنی مبهما و لم یسم شیئا و لا ندری کیف ذلک؟فقال یحج عنه ما دام له مال».

أقول:المراد بالمال الثلث،فإنه هو الذی له بعد موته.

و یفسره ما رواه

فی التهذیب عن محمد بن الحسن بن أبی خالد (۲)قال:

»



---

۱- ۱) التهذیب ج ۹ ص ۲۲۶ ح ۸۸۸ مع اختلاف یسیر،الوسائل ج ۸ ص ۱۲۰ ح ۱.
۲- ۲) التهذیب ج ۹ ص ۲۲۶ ح ۸۸۹،الوسائل ج ۸ ص ۱۲۰ ح ۲.

سألت أبا جعفر عليه السلام عن رجل أوصى أن يحج عنه مبهما فقال:يحج عنه ما بقى من ثلثه شيء».

و روى المشايخ الثلاثه فى الصحيح عن إبراهيم بن مهزيار (۱)قال:

«كتبت اليه عليه السلام أن مولاك على بن مهزيار أوصى أن يحج عنه من ضيعه صير ربعها الى حجه فى كل سنه الى عشرين دينارا،و أنه قد انقطع طريق البصره فتتضاعف المؤنه على الناس و ليس يكتفون بالعشرين دينارا،و كذا أوصى عده من مواليك فى حجهم فكتب:يجعل ثلاث حجج حجتين ان شاء الله».

قال إبراهيم:

و كتب اليه على بن محمد الحضينى:أن ابن عمى أوصى ان يحج عنه حجه بخمسه عشر دينارا فى كل سنه فليس يكفى فما تأمرنى فى ذلك؟فكتب عليه السلام:يجعل حجتين حجه فان الله عالم بذلك.

أقول:يعنى ان الله عالم بالعذر المذكور،فإن الإخلال بما أوصى ليس على سبيل الاختيار،و هو مؤيد لما اشتهر من حديث«إذا أمرتم بأمر فأتوا منه ما استطعتم»و ينبغى أن يحمل هذا الخبر و ما تضمنه من السؤالين المذكورين على كون الوصيه بالحج من البلد كما ينبئ ظاهر السؤال الأول،و إلا فلو كانت مطلقه فإن الظاهر ان حج عنه من أى مكان اتفق،و لو من الميقات.

كما يدل عليه ما رواه

الشيخ فى التهذيب فى الموثق عن ابن بكير (۲)

«عن ابى عبد الله عليه السلام أنه سئل عن رجل أوصى بمال فى الحج فكان لا يبلغ ما يحج به من بلاده قال:فيعطى فى الموضع الذى يبلغ أن يحج به منه».

و عن ابن مسكان عن ابى سعيد (۳)

«عمن سأل أبا عبد الله عليه السلام عن رجل أوصى بعشرين درهما فى حجه قال:يحج بها عنه رجل من حيث يبلغه». و نحوهما غيرهما من الأخبار.



---

۱- ۱) الكافى ج ۴ ص ۳۱۰ ح ۱،التهذيب ج ۹ ص ۲۲۶ ح ۸۹۰،الفقيه ج ۲ ص ۲۷۲ ح ۲.الوسائل ج ۸ ص ۱۱۹ ح ۱.
۲- ۲) التهذيب ج ۹ ص ۲۲۷ ح ۸۹۲.الوسائل ج ۸ ص ۱۱۷ ح ۲.
۳- ۳) التهذيب ج ۹ ص ۲۲۹ ح ۸۹۷.الوسائل ج ۸ ص ۱۱۸ ح ۵.

و روی فی الکافی عن علی بن فرقد (۱)صاحب السابری قال:

«أوصی الی رجل بترکته و أمرنی أن أحج بها عنه فنظرت فی ذلک فإذا شیء یسیر لا یکفی للحج،فسألت أبا حنیفه و فقهاء أهل الکوفه فقالوا:تصدق بها عنه،فلما حججت لقیت عبد الله بن الحسن فی الطواف،فسألته و قلت له:ان رجلا من موالیکم من أهل الکوفه مات و أوصی بترکته الی،و أمرنی أن أحج بها عنه،فنظرت فی ذلک فلم یکف للحج فسألت من قبلنا من الفقهاء فقالوا:تصدق بها،فتصدقت بها، فما تقول؟فقال لی:هذا جعفر بن محمد فی الحجر فأته و اسأله،قال:فدخلت فی الحجر فإذا أبو عبد الله علیه السلام تحت المیزاب،مقبل بوجهه علی البیت یدعو،ثم التفت الی فرآنی فقال:ما حاجتک؟قلت:جعلت فداک انی رجل من أهل الکوفه من موالیکم قال:فدع ذا عنک،حاجتک؟قلت:رجل مات و أوصی بترکته ان أحج بها عنه،فنظرت فی ذلک فلم یکف للحج،فسألت من عندنا من الفقهاء قالوا:تصدق بها،فقال:ما صنعت؟قلت:تصدقت بها فقال:ضمنت إلا أن یکون لا یبلغ أن یحج به من مکه،فإن کان لا یبلغ ان یحج به من مکه فلیس علیک ضمان،و ان کان یبلغ به من مکه فأنت ضامن.

أقول:یستفاد من هذا الخبر فوائد:منها ضمان الوصی مع التبدیل و العمل بخلاف الوصیه إذا کانت الوصیه علی وجه المشروع،و هو مما لا اشکال فیه،و منها أنه مع تعذر العمل بالوصیه و صرفها فیما أوصی به الموصی،یصرف الموصی به فی وجوه البر کما هو المشهور،و لا تبطل الوصیه کما هو القول الآخر.

و قد تقدم الکلام فی ذلک فی التتمیم الذی ذکر فی الوصایا المبهمه من المقصد الثالث فی الموصی به فی تقدم نقل مضمون هذه الروایه دلیلا علی ذلک، و منها ما تقدمت الإشاره إلیه قریبا،من أنه متی أوصی بوجه للحج،و لم یقید



---

۱- ۱) الکافی ج ۷ ص ۲۱ ح ۱،التهذیب ج ۹ ص ۲۲۸ ح ۸۹۶ و فیه علی بن مزید الفقیه ج ۴ ص ۱۵۴ ح ۵۳۴،الوسائل ج ۱۳ ص ۴۷۳ الباب ۸۷.

بالبلد و لا غيرها،فإنه يجب الحج بما أوصى به من أقرب الأماكن التى يمكن الحج و لو من مكه،كما تضمنه الخبر فإنها أحد المواقيت فى الجمله.

بقى الكلام هنا فى شىء آخر،و هو أن السائل قال:انه أمرنى أن أحج بها،و الظاهر أن لفظ أحج من الرباعى من أحج غيره،إذا أعطاه ما يحج به،لا من الثلاثى المجرد بأن يكون الموصى هو الذى يحج بنفسه،و أن الميت أوصى اليه بذلك،و صدر الخبر و ان كان محتملا لكل من الأمرين،إلا أن حكمه فى الجواب لما سأله السائل عن ذلك،بأنه ان بلغ المال لأن يحج به من مكه فأنت ضامن، انما يتجه على تقدير كونه مأمورا بأن يستأجر من يحج عنه،بناء على كون أحج من الرباعى،و إلا فلو كان الوصى هو المأمور بالحج بنفسه بناء على كون اللفظ من الثلاثى المجرد،و الرجل من أهل الكوفه،فكيف يوجب عليه الامام عليه السلام أن يتحمل مؤنه النفقه إلى مكه من ماله حتى إذا وصل مكه حج عنه بذلك الوجه الموصى به،و هذا بحمد الله سبحانه ظاهر لا ستره عليه.

و روى الشيخ فى التهذيب عن أبى حمزه الثمالى (1)قال:

«قال:ان رجلا حضرته الوفاه فأوصى الى ولده:غلامى يسار هو ابنى فورثوه مثل ميراث أحدكم، و غلامى يسار فأعتقوه،فهو حر،فذهبوا يسألونه أيما يعتق و أيما يرث،فاعتقل لسانه،قال:فسألوا الناس فلم يكن عند أحد جواب،حتى أتوا أبا عبد الله عليه السلام فعرضوا المسئله عليه قال:فقال:معكم أحد من نسائكم؟قال:فقالوا:نعم معنا أربع أخوات لنا،و نحن أربع إخوه،قال:فاسألوهن أى الغلامين كان يدخل عليهن فيقول أبوهن لا تسترن منه،فإنما هو أخوكن،قالوا:نعم كان الصغير يدخل فيقول أبونا:لا تسترن منه انما هو أخو كن،فكنا نظن أنه يقول ذلك لأنه ولد فى حجورنا،و انما ربيناه،قال:فيكم أهل البيت علامه؟قالوا:نعم،قال:

انظروا أ ترونها بالصغير؟قالوا:فرأوها به،قال:تريدون أعلمكم أمر الصغير؟

ص: ۶۵۲

---

۱- ۱) التهذيب ج ۹ ص ۱۷۱ ح ۷۰۰،الوسائل ج ۱۳ ص ۴۲۷ الباب ۴۳.

قال:فجعل عشره أسهم للولد،و عشره أسهم للعبد،قال:ثم أسهم عشر مرات، قال:فوقعت على الصغير سهام الولد،قال:فقال:أعتقوا هذا،و ورثوا هذا».

أقول:الظاهر أن الحكم الشرعی فی المسئله المذکوره هو القرعه،کما تضمنه آخر الخبر،و ما ذکره أولا من الأمرین المذکورین مؤیدین لمزید الإیضاح،و لو حصلت العداله فی النساء الأربع المذکورین لکان الظاهر العمل بما أخبرن به من اعتراف الأب به،و لم یحتج إلی القرعه،إلا أن یکون لمزید الإیضاح.

و روی فی الفقیه عن یونس بن عبد الرحمن عن داود بن نعمان عن الفضیل (1)مولی أبی عبد الله علیه السلام

«عن أبی عبد الله علیه السلام قال:أشهد رسول الله(صلی الله علیه و آله)علی وصیته الی علی علیه السلام أربعه من عظماء الملائکه جبرئیل و میکائیل و إسرافیل و آخر لم أحفظ اسمه».

أقول:الظاهر أن المراد بالوصیه هنا أو عنه أمیر المؤمنین علیه السلام فی بیت أم سلمه حین خلا به من الصبح الی قرب الظهر من الأمور التی یحدث علیه، و یتجدد بعد موته،و أمره باحتمالها و الصبر علیها،و نحو ذلک کما یدل علیه خبر أم سلمه و هو طویل لیس هذا موضع ذکره.

و روی الشیخ فی التهذیب عن علی بن الحسن بن فضال عن محمد بن عبدوس (2)قال:

«أوصی رجل بترکته متاع و غیر ذلک لأبی محمد علیه السلام فکتبت الیه:جعلت فداک رجل أوصی الی بجمیع ما خلف لک،و خلف ابنتی أخت له،فرأیک فی ذلک؟ فکتب الی:بع ما خلف،و ابعث به الی،فبعث به الیه،فکتب الی:قد وصل»،

«قال علی بن الحسن:و مات محمد بن عبد الله بن زراره فأوصی الی أخی أحمد و خلف دارا و کان أوصی فی جمیع ترکته أن تباع و یحمل ثمنها الی أبی الحسن علیه السلام



---

1- 1) الفقیه ج 4 ص 175 ح 616.

2- 2) التهذیب ج 9 ص 195 ح 785. و هما فی الوسائل ج 13 ص 427 الباب 43 و ص 369 ح 16 و 17 و 18.

فباعها فاعترض فيها ابن أخت له،و ابن عم له،فأصلحنا أمره بثلاثه دنانير،و كتب إليه أحمد بن الحسن و دفع الشيء بحضرتي إلى أيوب بن نوح،و أخبره أنه جميع ما خلف،و ابن عم له و ابن أخته عرض.فأصلحنا أمره بثلاثه دنانير فكتب:قد وصل ذلك و ترحم على الميت و قرأت الجواب»،.

«قال علي:و مات الحسنين بن أحمد الحلبي و خلف دراهم مائتين فأوصى لامرأته بشيء من صداقها و غير ذلك و أوصى بالبقيه لأبي الحسن عليه السلام فدفعها احمد بن الحسن إلى أيوب بحضرتي،و كتب اليه كتابا،فورد الجواب بقبضها و دعا للميت».

أقول:لا يخفى ما في ظاهر الخبر من الاشكال،و الشيخ لذلك قد حمله تاره على تخصيصه بهم عليهم السلام،و آخر على كون حمل المال إليهم لا على جهه الوصيه بل على جعلها صله لهم في حال حياه الموصي،و ثالثه على أن يكون ذلك قبل أن تكون لهم وارث ثم يوجد الوارث كما تقدم في حديث المتطيب،و رابعه على كون الوارث مخالفا،ثم جوز في الوجه الأخير فقد الوارث،و لا يخفى ما في الجميع عن البعد سوى الأخير فإنه أقرب قريب،و أما بالنسبه الى وصيه محمد بن عبد الله بن زراره المشتمله على اعتراض ابن الأخت و ابن العم،فالاحتمالان فيهما متساويان،و لعل الأقرب الأول منهما،و هو كونهما مخالفين.

و أما بالنسبه الى وصيه الحسين بن أحمد الحلبي فظاهره أنه ليس له وارث إلا الزوجه،و من المحتمل أنه أوصى لها بصداقها و ميراثها المعبر عنه بغير ذلك، فلا اشكال بحمد الملك المتعال.

و لنقطع الكلام حامدين للملك العلام على نعمه الجسام التي لا تحصيها الأقلام التي من جملتها التوفيق للفوز بسعاده الاختتام لهذا الجلد الشريف و المؤلف المنيف و هو الجلد الثامن (1)من كتاب

ص :654

---

1- 1) بحسب تجزأه المؤلف،و الجلد الثاني و العشرون بحسب تجزئتنا،و يتلوه ان شاء الله تعالى الجلد الثالث و العشرون في كتاب النكاح،و ما يلحق به.

«الحـدائق الناضـره فى أحكـام العتره الطـاهره» و يتلوه ان شـاء الله تعـالى الجلـد التـاسع فى كتاب النكاح و ما يلحق به من الكتب المتعلقه به،مصلين بعد الحمد له سبحانه على نبينا أشرف الأنبياء و المرسلين و آله الطيبين الطاهرين

ص :٦۵۵

## تعریف مرکز

بسم الله الرحمن الرحيم

هَلْ يَسْتَوِى الَّذِينَ يَعْلَمُونَ وَالَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ

الزمر: ۹

المقدمة:

تأسّس مركز القائمية للدراسات الكمبيوترية فى أصفهان بإشراف آية الله الحاج السيد حسن فقيه الإمامى عام ۱۴۲۶ الهجرى فى المجالات الدينية والثقافية والعلمية معتمداً على النشاطات الخالصة والدؤوبة لجمع من الإخصائيين والمثقفين فى الجامعات والحوزات العلمية.

إجراءات المؤسسة:

نظراً لقلة المراكز القائمة بتوفير المصادر فى العلوم الإسلامية وتبعثرها فى أنحاء البلاد وصعوبة الحصول على مصادرها أحياناً، تهدف مؤسسة القائمية للدراسات الكمبيوترية فى أصفهان إلى التوفير الأسهل والأسرع للمعلومات ووصولها إلى الباحثين فى العلوم الإسلامية وتقدم المؤسسة مجاناً مجموعة الكترونية من الكتب والمقالات العلمية والدراسات المفيدة وهى منظمة فى برامج إلكترونية وجاهزة فى مختلف اللغات عرضاً للباحثين والمثقفين والراغبين فيها.

وتحاول المؤسسة تقديم الخدمة معتمدة على النظرة العلمية البحتة البعيدة من التعصبات الشخصية والاجتماعية والسياسية والقومية وعلى أساس خطة تنوى تنظيم الأعمال والمنشورات الصادرة من جميع مراكز الشيعة.

الأهداف:

نشر الثقافة الإسلامية وتعاليم القرآن وآل بيت النبىّ عليهم السلام

تحفيز الناس خصوصا الشباب على دراسة أدقّ فى المسائل الدينية

تنزيل البرامج المفيدة فى الهواتف والحاسوبات واللابتوب

الخدمة للباحثين والمحققين فى الحوازت العلمية والجامعات

توسيع عام لفكرة المطالعة

تهميد الأرضية لتحريض المنشورات والكتّاب على تقديم آثارهم لتنظيمها فى ملفات الكترونية

السياسات:

مراعاة القوانين والعمل حسب المعايير القانونية

إنشاء العلاقات المترابطة مع المراكز المرتبطة

الاجتنباب عن الروتينية وتكرار المحاولات السابقة

العرض العلمى البحت للمصادر والمعلومات

الالتزام بذكر المصادر والمآخذ فى نشر المعلومات
من الواضح أن يتحمل المؤلف مسؤولية العمل.

نشاطات المؤسسة:

طبع الكتب والملزمات والدوريات

إقامة المسابقات فى مطالعة الكتب

إقامة المعارض الالكترونية: المعارض الثلاثية الأبعاد، أفلام بانوراما فى الأمكنة الدينية والسياحية

إنتاج الأفلام الكرتونية والألعاب الكمبيوترية

افتتاح موقع القائمية الانترنتى بعنوان : www.ghaemiyeh.com

إنتاج الأفلام الثقافية وأقراص المحاضرات و...

الإطلاق والدعم العلمى لنظام استلام الأسئلة والاستفسارات الدينية والأخلاقية والاعتقادية والردّ عليها

تصميم الأجهزة الخاصة بالمحاسبة، الجوال، بلوتوث Bluetooth، ويب كيوسك kiosk، الرسالة القصيرة ( (sms

إقامة الدورات التعليمية الالكترونية لعموم الناس

إقامة الدورات الالكترونية لتدريب المعلمين

إنتاج آلاف برامج فى البحث والدراسة وتطبيقها فى أنواع من اللابتوب والحاسوب والهاتف ويمكن تحميلها على ٨ أنظمة؛

١.JAVA

٢.ANDROID

٣.EPUB

۴.CHM

۵.PDF

۶.HTML

٧.CHM

٨.GHB

إعداد ۴ الأسواق الإلكترونية للكتاب على موقع القائمية ويمكن تحميلها على الأنظمة التالية

١.ANDROID

٢.IOS

٣.WINDOWS PHONE

۴.WINDOWS

وتقدّم مجاناً فى الموقع بثلاث اللغات منها العربية والانجليزية والفارسية

الكلمة الأخيرة

نتقـدم بكلمـة الشـكر والتقـدير إلى مكاتب مراجع التقليـد منظمات والمراكز، المنشورات، المؤسـسات، الكتّاب وكل من قدّم لنا المساعدة فی تحقيق أهدافنا وعرض المعلومات علينا.

عنوان المكتب المركزی

أصفهان، شارع عبد الرزاق، سوق حاج محمد جعفر آباده ای، زقاق الشهيد محمد حسن التوكلی، الرقم ۱۲۹، الطبقة الأولی.

عنوان الموقع : : www.ghbook.ir

البريد الالكترونی : Info@ghbook.ir

هاتف المكتب المركزی ۰۳۱۳۴۴۹۰۱۲۵

هاتف المكتب فی طهران ۸۸۳۱۸۷۲۲ ـ ۰۲۱

قسم البيع ۰۹۱۳۲۰۰۰۱۰۹شؤون المستخدمين ۰۹۱۳۲۰۰۰۱۰۹.


مركز
القائمية
اصبهان
للبحوث والتحريات الكمبيوترية
للحصول على المكتبات الخاصه الاخرى
ارجعوا الى عنوان المـركز من فضلـكم
www.Ghaemiyeh.com
www.Ghaemiyeh.net
www.Ghaemiyeh.org
www.Ghaemiyeh.ir
و للايصاء من فضلكم
۰۹۱۳ ۲۰۰۰ ۱۰۹